



الملكية والحقوق العينية

تأليف
الدكتور محمد كال مرسي بك
عميد كلية الحقوق بجامعة القاهرة

الطبعة الثالثة

١٣٥٥ هـ - ١٩٣٦ م

دار النشر

الشفعة في العقار

نصوص القانون

(١) في الشفعة في العقار

(١) المجموعة المدنية المختلطة

مادة ٩٣ — لمن أعار أرضه لانسان وأذن له بالبناء أو الغرس فيها حق الشفعة اذا دفع الثمن المطلوب البيع به ولو قبل انقضاء مدة العارية (٦٨ أهلى) .

مادة ٩٤ — للشريك فى عقار غير مقسوم الحق فى أن يأخذ بالشفعة الحصة التى باعها أحد شركائه اذا دفع له الثمن والمصاريف القانونية ، وحقه فى ذلك مقدم على غيره ما عدا الشفيع المبين فى البند السابق (٦٩ أهلى) .

مادة ٩٥ — وله الأخذ بالشفعة من اشترى وصار شريكا مثله ، وعليه أن يشارك فيما أخذه بالشفعة جميع شركائه فى العين اذا طلبوا ذلك .

مادة ٩٦ — لا يصح الأخذ بالشفعة من الموهوب له ولا من تملك بنير المبايعه أو الماوضة (٧٠ أهلى) .

مادة ٩٧ — لا يثبت حق الشفعة لمن وقتت عليه حصة فى عقار مشاع ، انما للواقف ذلك الحق بشرط أن يكون أخذه الحصة المباعه بقصد وقفها (٧١ أهلى) .

مادة ٩٨ — يسقط حق الشفعة اذا وقع من الشركاء عقد أو أمر يستدل منه على قبولهم ملكية المشتري (٧٢ أهلى) .

مادة ٩٩ — للجار بعد الشفيعين السابقين حق الشفعة اذا دفع الثمن والمصاريف القانونية (٧٣ أهلى) .

مادة ١٠٠ — يبطل حق الشفعة متى كان البيع واقعا على يد محكمة (٧٤ أهلى) .

مادة ١٠١ — وفى كل الأحوال يجب على من له حق الشفعة أن يعلن رغبته

الأخذ بالشفعة في العقار المباع في ظرف أربع وعشرين ساعة من وقت التكليف الرسمي الحاصل له بإبداء رغبته ، ويزاد عليها مسافة الطريق والا سقط حقه (٧٥ أهلى) .

(٢) مجموعة المرافعات المختلطة

مادة ٧١٩ — في جميع أحوال البيع المتقدم ذكرها لا تجوز الشفعة للشريك أو الجار الا اذا طلبت في حال انعقاد جلسة البيع بالمراد بشرط ايداع مقدار المصاريف والتين بتمامه من أصل وملحقات في الحال .

(٣) المجموعة المدنية الأهلية

المادة ٦٨ — لمن أعار أرضه لانسان وأذن له بالبناء أو الفرس فيها حق الشفعة فيها اذا دفع الثمن المطلوب البيع به ولو قبل انقضاء مدة العارية (٩٣ مختلط) .

المادة ٦٩ — للشريك في عقار غير مقسوم الحق في أن يأخذ بالشفعة الحصة التي باعها أحد شركائه اذا دفع له الثمن والمصاريف القانونية ، وحقه في ذلك مقدم على غيره ما عدا الشفيع المبين في المادة السابقة (٩٤ مختلط) .

المادة ٧٠ — لا يصح الأخذ بالشفعة من الموهوب له ولا من تملك بغير المبايع أو المعاوضة (٩٦ مختلط) .

المادة ٧١ — لا يجوز الأخذ بالشفعة في العقار المبيع من الوقف أو له (٩٧ مختلط) .

المادة ٧٢ — يسقط حق الشفعة اذا وقع من الشركاء عقد أو أمر يستدل منه على قبولهم ملكية المشتري (٩٨ مختلط) .

المادة ٧٣ — للجار بعد الشفيعين السابقين حق الشفعة اذا دفع الثمن والمصاريف القانونية (٩٩ مختلط) .

المادة ٧٤ — يطل حق الشفعة متى كان البيع قهريا على يد محكمة، انما يجب على من طلب اجراء ذلك البيع أن يعلن قبل البيع بخمسة عشر يوما الى من يسوغ له التمسك بحق الشفعة لو كان البيع اختياريا ورقة باشعاره بيوم الزايدة ولا يكون للمعلن اليه المذكور مع ذلك امتياز أو تقدم على غيره (١٠٠ مختلط).

المادة ٧٥ — يجب على من له حق الشفعة ويرغب الأخذ بها أن يبين رغبته في ذلك بتقرير يقدمه لقلم كتاب المحكمة التابعة لها الجهة الكائن فيها العقار في ظرف خمسة عشر يوما بالأكثر من بعد تكليفه رسميا بمعرفة المشتري بإبداء رغبته والاسقط حقه، ويزاد على هذا الميعاد مسافة الطريق (١٠١ مختلط).

(٤) قانون الشفعة

دكرتو ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠
نحن خديو مصر
بعد الاطلاع على لائحة ترتيب
المحاكم المختلطة .
وبعد الاطلاع على القانون
المدنى وقانون الرافعات فى المواد
المدنية والتجارية للتعيين لدى المحاكم
المذكورة .
وبعد الاتفاق بين حكومتنا
والدول المصادقة على انشاء المحاكم
المذكورة .
وبناء على ما عرضه علينا ناظر
الحقانية وموافقة رأى مجلس النظار .

دكرتو ٢٣ مارس سنة ١٩٠١
نحن خديو مصر
بعد الاطلاع على الأمر السالى
الصادر فى ١٤ يونيه سنة ١٨٨٣
المشتمل على لائحة ترتيب المحاكم
الأهلية .
وبعد الاطلاع على القانون المدنى
المتبع لدى المحاكم المذكورة .
وبناء على ما عرضه علينا ناظر
الحقانية وموافقة رأى مجلس النظار .

أمرنا بما هو آت :

الباب الأول

المادة ١ — يثبت حق الشفعة لمن يأتى :

أولا — للشريك الذى له حصة شائعة فى العقار المبيع .

ثانيا — للجار المالك فى الأحوال الآتية :

إذا كان العقار المشفوع من المباني أو من الأراضي المعدة للبناء سواء كانت في المدن أو في القرى .

إذا كان للأرض المشفوعة حق ارتفاق على أرض الجار أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المشفوعة .

إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المشفوعة من جهتين وتساوى من الثمن نصف ثمن الأرض المشفوعة على الأقل .

المادة ٢ — يعد شريكا في العقار المشفوع من يكون له حق الانتفاع فيه كله أو بعضه وله طلب الشفعة إذا لم يطلبها مالك الرقبة نفسه .

المادة ٣ — لا شفعة فيما يبيع بالمزايدة لعدم إمكان القسمة بين الشركاء عينا أو لنزع الملكية قهرا أمام إحدى جهات الإدارة أو القضاء ، وكذلك لا شفعة فيما يبيع من الأصول لقروعهم وبالعكس ، ولا فيما يبيع من أحد الزوجين للآخر ، أو من المالك لأحد أقاربه لناية الدرجة الثالثة .

المادة ٤ — لا شفعة للوقف .

المادة ٥ — لا يصح الأخذ بالشفعة من الموهوب له ولا من يملك بنير المبايعه .

المادة ٦ — لا شفعة فيما يبيع ليحصل محل عبادة أو ليلحق به .

المادة ٧ — إذا تعدد الشفعاء يكون الحق في الشفعة :

أولا — للمالك الرقبة .

ثانيا — للشريك الذي له حصة مشاعة .

ثالثا — لصاحب حق الانتفاع .

رابعا — للجار المالك .

فاذا تعدد مالكو الرقبة أو الشركاء أو أصحاب حق الانتفاع فاستحقاق

كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه . وإذا تعدد الجيران يقدم منهم من تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره .

المادة ٨ — يثبت حق الشفعة وتراعى الأحكام المقررة في المادة السابقة فيما

يتعلق بالأولية ولو كان المشتري حائزا لما يجعله شغيا باعتبار ما ذكر في المادة الأولى .

المادة ٩ — العين الجائز أخذها بالشفعة اذا باعها مشتريها قبل تقديم طلب ما بالشفعة فيها وتسجيله كما هو مذكور في المادة الرابعة عشرة الآتية لا تقام دعوى أخذها بالشفعة الا على المشتري الثانى بالشروط التى اشترى بها .

المادة ١٠ — اذا بنى المشتري فى العقار المشفوع أو غرس فيه أشجارا قبل طلب الأخذ بالشفعة يكون الشفع ملزما ببناء على رغبة المشتري اما أن يدفع له ما صرفه أو ما زاد فى قيمة العقار بسبب البناء أو الفراس .

أما اذا حصل البناء أو الفراس بعد طلب الأخذ بالشفعة فللشفيع الخيار ان شاء طلب ازالتهما وان شاء طلب بقاءهما وفى هذه الحالة لا يلزم الا بدفع قيمة الأدوات وأجرة العمل أو مصاريف الفراس .

أما ما صرف فى حفظ العقار وصيافته فيلزم دفعه فى كل الأحوال للمشتري المشفوع منه .

المادة ١١ — اذا بيع العقار لعدة أشخاص مشاعا بينهم فلا تجوز الشفعة الا فيه بتمامه ، أما اذا عينت فى العقد حصة كل منهم مفروزة كان للشفيع الحق فى طلب أخذه بتمامه أو أخذ حصة واحدة أو أكثر مع مراعاة القواعد المقررة لطلب الأخذ بالشفعة .

الباب الثانى

فما يترتب على حق الشفعة

المادة ١٢ — كل رهن من المشتري وكل حق اختصاص حصل عليه دائئوه وكل بيع وكل حق عينى قبله المشتري أو اكتسبه الغير ضده بعد التاريخ الذى سجل فيه طلب الشفعة طبقا للمادة الرابعة عشرة الآتية لا يسرى على الشفع ، ويبقى مع ذلك لأصحاب الديون الممتازة وللدائنين المرتهنين ما كان لهم من

حقوق الأولوية فيما آكل للمشفوع منه من ثمن ذلك العقار .

المادة ١٣ — يحل الشفع بالنسبة للبائع محل المشفوع منه في كافة ما كان له وعليه من الحقوق . على أن المشتري اذا استحصل على تأجيل الثمن لا يستنع الشفع من هذا التأجيل الا برضاء البائع .
واذا ظهر بعد الأخذ بالشفعة أن العقار المشفوع مستحق للغير فليس للشفيع أن يرجع الا على البائع .

الباب الثالث

في الاجراءات التي يلزم مراعاتها فيما يتعلق بالشفعة

وفي سقوط حق الأخذ بها

المادة ١٤ — يجب على من يرغب الأخذ بالشفعة أن يعلن للبائع والمشتري طلبه لها كتابة على يد محضر ، ويكون هذا الاعلان مشتملا على عرض الثمن وملصقاته الواجب دفعها قانونا .

ولأجل أن يكون هذا الاعلان حجة على الغير يجب تسجيله في قلم رهونات المحكمة المختلطة الكائن بدائرتها العقار .

واذا كانت الشفعة بين وطنيين يكتفى باجراء هذا التسجيل بقلم كتاب المحكمة الابتدائية الأهلية الكائن بدائرتها العقار المطلوب أخذه بالشفعة ، وعلى هذه المحكمة أن تبث بصورة منه الى قلم رهونات المحكمة المختلطة الكائن بدائرتها العقار لتجرى تسجيله من تلقاء نفسها ، ولا يكون هذا الاعلان حجة على الغير من تبعه اللول الأجنبية الا من تاريخ هذا التسجيل الأخير .

ونصوص هذه المادة المختصة بتسجيل الطلب وما يترتب عليه تسرى على تسجيل حكم الشفعة المنصوص عنه في المادة الثامنة عشرة الآتى ذكرها .

المادة ١٥ — ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الكائن بدائرتها العقار في ميعاد ثلاثين يوما من تاريخ الاعلان المنصوص عنه

في المادة الرابعة عشرة والاسقط الحق فيها .

المادة ١٦ — ويحكم فيها دائما على وجه السرعة .

المادة ١٧ — لا تقبل المعارضة في الأحكام النائية الصادرة في الشفعة .

وميعاد استئنافها ١٥ يوما من يوم اعلانها .

المادة ١٨ — الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سنداً للملكية

الشفيع ، وعلى المحكمة تسجيله من تلقاء نفسها .

المادة ١٩ — يسقط حق الشفعة في الأحوال الآتية :

أولا — اذا حصل التنازل عنه صراحة أو ضمنا .

ويستدل على التنازل الضمني بكل عمل أو عقد يؤخذ منه أن الشفيع عرف

المشتري بصفة مالك العقار نهائيا .

ثانيا — اذا لم يظهر الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة في ظرف ١٥ يوما من

وقت علمه بالبيع أو من وقت تكليفه رسميا بابداء رغبته سواء كان بناء على

طلب البائع أو بناء على طلب المشتري ، ويزاد على هذه المدة عند الاقتضاء ميعاد

المسافة .

المادة ٢٠ — يجوز اثبات التنازل الضمني عن حق الشفعة والعلم بالبيع

بكافة طرق الاثبات المقررة في القانون بما فيها الاثبات بالبينة .

المادة ٢١ — يجب أن يعلن التكليف الرسمي المنصوص عنه في الفقرة

الثانية من المادة التاسعة عشرة على يد محضر وأن يشمل على البيانات الآتية والا

عد لاغيا . وهذه البيانات هي :

أولا — بيان العقار الجائر أخذه بالشفعة بيانا دقيقا مع تعيين موقعه

وحدوده ومقاسه .

ثانيا — بيان الثمن وشروط البيع واسم ولقب وصنعة وعمل سكن كل من

البائع والمشتري .

المادة ٢٢ — يسقط الحق في الشفعة في سائر الأحوال بعد مضي ستة

أشهر من يوم تسجيل عقد البيع وذلك بالنسبة لكافة الشفعاء ولو كان الشفيع

غير أهل للتصرف أو غائبا .

المادة ٢٣ (أهلى) — ألفت المواد ٦٨ و٦٩ و٧٠ و٧١ و٧٢ و٧٣ و٧٤ و٧٥

من القانون المدنى .

المادة ٢٣ (مخط) : ألفت المواد ٩٣ و٩٤ و٩٥ و٩٦ و٩٧ و٩٨ و٩٩ و١٠٠ و١٠١

من القانون المدنى والمادة ٧١٩ من قانون المرافعات التبعين لدى المحاكم المختلطة .

المادة ٢٤ (أهلى) — يعمل بهذه الأحكام بعد مضى خمسة عشر يوما

من تاريخ نشرها فى الجريدة الرسمية .

المادة ٢٤ (مخط) : يصل بهذه الأحكام بعد مضى شهر واحد من تاريخ نشرها

بالطرق المنصوص عليها فى المادة ٣٥ من الكتاب الأول من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة .

المادة ٢٥ — على ناظر الحفائية تنفيذ أمرنا هذا .

(ب) حق استرداد الحصة المبيعة قبل القسمة

(١) المجموعة المدنية المختلطة

مادة ٥٦١ — يجوز للشركاء الأصليين فى الملك قبل قسمته بينهم أن

يستردوا لأنفسهم الحصة الشائعة التى باعها أحدهم للغير ويقوموا بدفع ثمنها له والمصاريف الرسمية والمصاريف الضرورية أو النافعة .

مادة ٥٦٢ — ولكل واحد من الشركاء الحق فى الشفعة بقدر حصته

الشائعة ، وله أيضا الحق فى الشفعة بالنسبة لكل فى حالة عدم الرغبة للباقيين .

مادة ٥٦٣ — تجوز الدعوى بالشفعة حتى على الشريك فى الملك الذى له

مشاركة المدعى بقدر حصته فى الملك المشترك .

(٢) المجموعة المدنية الأهلية

مادة ٤٦٢ — يجوز للشركاء فى الملك قبل قسمته بينهم أن يستردوا

لأنفسهم الحصة الشائعة التى باعها أحدهم للغير ويقوموا بدفع ثمنها له والمصاريف الرسمية والمصاريف الضرورية أو النافعة .

أم المؤلفات المتعلقة بالشعبة

- الميسوط ، للامام شمس الأئمة السرخسى الحنفى ، جزء ١٤ كتاب الشعبة ، ص ٩٠ وما بعدها ، مطبعة السادة ، القاهرة .
- حاشية ابن عابدين ، المسئلة رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، الجزء الخامس ص ١٤٢ وما بعدها ، الطبعة الثالثة ، المطبعة الأميرية ، القاهرة ١٣٢٣ هـ .
- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، تأليف الامام غفر الدين عثمان بن على الزيلعى الحنفى . الجزء الخامس ص ٢٣٩ وما بعدها ، المطبعة الأميرية ، القاهرة ١٣١٥ هـ .
- حاشية الامام شهاب الدين أحمد الثلبى بهامش تبين الحقائق .
- الفتاوى المالكية ، المروفة بالفتاوى الهندية ، الجزء الخامس ص ١٦٠ وما بعدها ، الطبعة الثانية ، المطبعة الأميرية ، القاهرة ١٣١٠ هـ .
- الفتاوى الحنانية (فتاوى قاضىخان) للامام غفر الدين حسن بن منصور الأوزجندى الفرغانى الحنفى المتوفى سنة ٢٩٥ ، بهامش الجزء الثالث من الفتاوى الهندية ص ٥٣٥-٥٥٨ ، الطبعة الثانية بللمطبعة الأميرية بيولاى مصر سنة ١٣١٠ هـ .
- الفتاوى البزازية ، وهى المسئلة بالجامع الوجيز ، للشيخ حافظ الدين محمد بن محمد بن شهاب المروفي بابن البزاز الكردرى الحنفى المتوفى سنة ٨٢٧ — بهامش الجزء السادس من الفتاوى الهندية ص ١٥٤ — ١٦٧ ، الطبعة الثانية ، المطبعة الأميرية بيولاى مصر ، سنة ١٣١٠ هـ .
- البائع (بدائع الصنائع فى ترتيب الصرائع) ، تأليف الامام علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى الحنفى ، الجزء الخامس ص ٤ وما بعدها ، المطبعة الجالية ١٩١٠ م .
- أعلام الموقعين عن رب العالمين تأليف شمس الدين أبى عبد الله محمد بن أبى بكر المعروف بابن قيم الجوزية المتوفى فى سنة ٧٥١ هـ ، الجزء الثانى ص ٢٤٧ وما بعدها ، مطبعة النيل ، القاهرة .
- نيل الأوطار شرح متنقى الأخبار من أحاديث سيد الأخبار لمحمد بن على بن محمد الشوكانى المتوفى سنة ١٢٥٥ هـ — الجزء السادس ص ٨٠ وما بعدها الى ٨٧ ، الطبعة النيرة ، القاهرة سنة ١٣٤٤ هـ .
- جمع الأنهر فى شرح ملتنى البحر ، الجزء الثانى ص ٤٥٣ وما بعدها .
- كتاب مواهب الجليل لفرح مختصر أبى الضياء سيدى خليل ، تأليف أبى عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المروفي بلخطاب المتوفى سنة ٩٥٤ ، جزء ٥ ، مطبعة السادة مصر ١٣٢٩ هـ .

وبهامشه الناج والأكليل لمختصر خليل تأليف أبي عبد الله سيدى محمد بن يوسف بن أبي القاسم المبدى الشير بلواق التوفى سنة ٨٩٧ هـ .

كتاب المنى تأليف الشيخ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة التوفى سنة ٦٣٠ هـ ، على مختصر الامام أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الحرق التوفى سنة ٣٣٤ — ومعه الشرح الكبير على متن المقنع تأليف الشيخ شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسى التوفى سنة ٦٨٢ هـ — كلاما على مذهب الامام ابن حنبل ، مع بيان خلاف سائر الأئمة ، مطبعة النار سنة ١٣٤٧ هـ ، الجزء الخامس ص ٤٥٩ — ٥٥٤ .

كتاب الميزان لميد الوهاب الشعرائى . وبهامشه كتاب رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة تأليف الشيخ محمد بن عبد الرحمن الدمشقى الشافى ، الطبعة الثالثة ، المطبعة الأزهرية المصرية سنة ١٣٢٨ هـ .

مرشد الحيران الى معرفة أحوال الانسان ، مؤلفه محمد قبرى باشا ، السادسة ٩٥ وما بعدها ، الطبعة الثالثة المطبعة الأميرية ، القاهرة ١٩٠٩ م .

المجلة (مجلة الأحكام العدلية) ، المادة ١٠٠٨ الى المادة ١٠٤٤ ، الطبعة الثانية ، المطبعة الثمانية ، قسطنطينية ١٣٠٥ .

شرح المجلة لسليم رستم باز البنائى ، الطبعة الثالثة ، المطبعة الأدبية ، بيروت سنة ١٩٢٣ م .

شرح مجلة الأحكام العدلية لمحمد سعيد المحاسنى ، ثلاثة أجزاء ، مطبعة الترقى بدمشق ١٣٤٦ هـ — ١٩٢٧ م .

مرآة المجلة طبع يوسف أضاف ، جزءان ، المطبعة المموية ، القاهرة ١٨٩٤ م .
كتاب المعاملات ، تأليف الشيخ أحمد أبى الفتح بك ، ص ٦٣ وما بعدها ، مطبعة البسفور القاهرة .

شرح القانون المدنى ، تأليف أحمد فتى زغلول باشا ، ص ٩٢ — ٩٨ .
الشفعة فى القوانين المصرية ، تأليف على زكى المرابى بك ، مطبعة الشعب ، القاهرة ١٩٠٦ .

Fahmy (Mahmoud). — De la préemption immobilière en droit égyptien, Paris 1928. محمود فهمى

Nasralla (Y.). — De la préemption dans le droit égyptien et dans ses rapports avec les retraits en droit نصر الله
français, thèse Paris, 1897.

Halton. — An elementary treatise on the Egyptian Civil Codes, vol. I, p. 160-179, Cairo, 1904. هالتون

De Hults. — Répertoire alphabétique de droit civil
égyptien, t. III, p. 211-294, Chambéry, 1911.

دى هلتس

فورجير (Le Baron Adrien Forgeur) : الشفعة فى القانون المصرى ، مجلة مصر الصرية
(L'Egypte Contemporaine) ١١ (سنة ١٩٢٠) من ١١٧ — ١٣٤ ، ٣٠١ —
٣٨٣ ، ٣٦١ ، ٣٣٦ .

Moh. Kamel Moursy. — De l'étendue du droit de
propriété foncière en Egypte, étude historique, محمد كامل مرسى بك
juridique et comparée, 1914.

محمد كامل مرسى بك — الأموال ، مطبعة الرغائب ، القاهرة سنة ١٩٣٦ .

عبد السلام ذهنى بك — فى الأموال ، مطبعة الاعتدال ، القاهرة ١٩٢٦ .

أحمد نجيب الملالي بك — شرح القانون المدنى : فى البيع والحوالة والقايضة ، مطبعة الاعتدال ،
القاهرة ١٩٢٤ .

الشفعة في العقار

١ — **النصوص الخاصة بالشفعة** — الشفعة واردة في القانونين الأهلي والمختلط ، اللذين استمدا أحكامهما من الشريعة الإسلامية . وقد نص عليها أولا في المواد ٩٣ — ١٠١ من المجموعة المدنية المختلطة ، وفي المواد ٦٨ — ٧٥ من المجموعة المدنية الأهلية . غير أن العمل أظهر أن أحكام المواد المذكورة ليست وافية بقض المنازعات المختلفة الناشئة عنها ، ودعا الرجوع الى أحكام الشريعة ، لسد النقص ، الى تشعب الأحكام وتناقضها بعضها مع بعض ، فسن الشارع قانونا جديدا خاصا بالشفعة أورد فيه بعض الأحكام التي أقرتها المحاكم ، وأضاف إليها قواعد أخرى ، وصدر به الأمر العالي في ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠ بالنسبة للقضاء المختلط ، وفي ٢٣ مارس سنة ١٩٠١ بالنسبة للقضاء الأهلي . وهذا القانون هو المعمول به الآن . والشفعة ليست خاصة بالشريعة الإسلامية ، بل يوجد ما يشبهها في القوانين الأخرى ، كما سنبينه فيما بعد .

٢ — **الشفعة لغة** — الشفعة بضم المعجمة وسكون القاء ، وغلط من حركها ، مأخوذة من الشفع النى هو ضد الوتر ، لما فيه من ضم عدد الى عدد ، أو شيء الى شيء . يقال شفع الرجل شفعما اذا كان فردا فصار له ثان . فهي اسم للملك المشفوع بملك^(١) .

٣ — **تعريف الشفعة** — لم تأت القوانين المصرية بتعريف للشفعة . واذا رجعنا الى الشريعة الإسلامية ، التي استمدت أحكامها منها ، نجد أنها عرفت بأنها « حق تملك العقار المبيع كله أو بعضه ولو جبرا على المشتري بما قام عليه من الثمن والمؤن^(٢) » .

(١) راجع للبسوط جزء ١٤ ص ٩٠ — نيل الأوطار ص ٨٠ — الزيلعي ص ٢٣٩ . والأصل في تسميتها هو أن الرجل في الجاهلية كان اذا اشترى حائطا أو منزلا أو شفعما من حائط أو منزل أمامه الجاور أو الصديق فشفع له في أن يوليه إياه ليتصل له الملك أو يندفع عنه الضرر حتى يشفع فيه ، فسمى ذلك شفعة (الخطاب ص ٣١٠) .

(٢) مرشد الجيران للمادة ٩٥ .

فهي حق اختياري للشفيع ، يستعمله اذا أراد ، أى أنه لا يكره على استعماله .
وهي خاصة بالمقار . فلا تكون في المنقول ^(١) .

ويترتب عليها تملك المقار كله أو بعضه ، لأن الشفيع تارة يستحق كل
المبيع ، وتارة يستحق بعضه فقط ، كما اذا تعدد الشفعاء وكانوا من درجة واحدة ،
فانه يقسم بينهم بالتفصيل الذى سيأتى بيانه .

والأصل أن الشفعة لا تكون في حالة نقل الحقوق التى دون الملكية ، كحق
الانتفاع وحق الارتفاق . غير أن القانون في المادة ٢ من قانون الشفعة جاء باستثناء
لهذه القاعدة ، اذ أجاز للمالك الرقبة حق الشفعة في حالة بيع حق الانتفاع من
صاحبه كما سيجيء .

ومتى ثبت حق الشفيع حق له تملك المقار « ولو جبرا على المشتري » ،
لأن الغالب عدم رضاه .

وانما يجب عليه أن يقوم بدفع الثمن والمصاريف التى قام المشتري بدفعها .
ويقال لمن كان له حق الشفعة « الشفيع » ^(٢) .

والمقار الذى تعلق به حق الشفعة « المشفوع » ^(٣) .

والمالك الشفيع الذى وجبت به الشفعة « المشفوع به » ^(٤) .

٤ — الاشتباه بالنصب — يذكر فقهاء الشرع كتاب الشفعة بعد كتاب

النصب ، لمناسبة بينهما ، لأنه في كل واحد منهما تملك مال الانسان بغير رضاه .
وفرقهما أن الشفعة مشروعة ، والنصب غير مشروع ، بل هو عدوان محض .

ويقول فقهاء الشرع كان القياس أن يقدم كتاب الشفعة لشرعيتها ،
ولكن قدم النصب لكثرة الحاجة الى معرفته ، لأنه يقع كثيرا في المعاملات ،
كاليبيعات والاجارات والشركات والمضاربات والمزارعات وغيرها ^(٥) .

(١) راجع ما سيجيء خاصا بللال الذى تجوز فيه الشفعة .

(٢) المجلة للمادة ٩٥١ .

(٣) المجلة للمادة ٩٥٢ .

(٤) المجلة للمادة ٩٥٣ .

(٥) حاشية الشلي على شرح الزيلعي ص ٢٣٩ .

٥ — مشروعية الشفعة — الشفعة في الشريعة الإسلامية ثابتة بالسنة

والاجماع :

بالسنة : للأحاديث العديدة الواردة بشأنها :

١ — فمن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة في كل ما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة .

٢ — وعن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا قسمت الدار وحلت فلا شفعة فيها .

٣ — وعن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربة أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه ، فإن شاء أخذ ، وإن شاء ترك ، فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به .

٤ — وعن عبادة بن الصامت أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة بين الشركاء في الأرضين والطور .

٥ — وعن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : جار الدار أحق بالدار من غيره .

٦ — وعن الشريد بن سويد قال : قلت يا رسول الله أرض ليس لأحد فيها شرك ولا قسم الا الجوار ؟ فقال الجار أحق بسبقه ما كان .

٧ — وعن عمرو بن الشريد قال : وقعت على سعد بن أبي وقاص ، فجاء المسور بن مخرمة ، ثم جاء أبو رافع مولى النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال يا سعد اتبع مني بيتي في دارك ، فقال سعد والله ما ابتاعها ، فقال المسور والله لتبتاعنها ، فقال سعد والله ما أزيدك على أربعة آلاف منجمة أو مقطعة ، فقال أبو رافع لقد أعطيت بها خمسمائة دينار ، ولولا أني سمعت رسول الله يقول : الجار أحق بسبقه ما أعطيتكها بأربعة آلاف وأنا أعطى بها خمسمائة دينار ، فأعطاه إياه .

٨ — وعن عبد الملك ابن أبي سليمان عن عطاء عن جابر قال قال النبي صلى الله عليه وسلم الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائبا إذا كان

طريقهما واحدا^(١).

والاجماع : لما يرى من الأخذ بها في كل زمان ومكان من غير تكبير على ذلك من أحد أئمة الاسلام^(٢).

وزعم بعض الفقهاء أن القياس يأبى ثبوت حق الشفعة ، لأنه يتملك على المشتري ملكا صحيحا له بغير رضاه ، وذلك لا يجوز ، فانه من نوع الأكل بالباطل ، وتأيد هذا بقوله صلى الله عليه وسلم « لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب نفس منه » ، ولأنه بالأخذ يدفع الضرر عن نفسه على وجه يلحق الضرر بالمشتري في ابطال ملكه عليه ، وليس لأحد أن يدفع الضرر عن نفسه بالاضرار بغيره^(٣).
وجاء في نيل الأوطار^(٤) لم يختلف العلماء في مشروعيتها الا ما قل عن أبي بكر الأصم من انكارها.

٦ — **حكمه مشروعيتها** — حكمة مشروعية الشفعة اتصال ملك الشفيع بالشيء المشتري . فتجب لدفع ضرر المشتري عن الشفيع بسبب سوء المعاشرة والمعاملة ، من حيث « اعلاء الجدار ، وإيقاد النار ، ومنع ضوء النهار ، وإثارة الغبار ، وإيقاف الدواب والصغار » ، لاسيما اذا كان المشتري يضاده في الأخلاق والعادات^(٥).

ولا يقال ان ما ذكر ضرر موهوم ، والأخذ من المشتري ضرر محقق به ، لأنه غالب ، فيرفع قبل وقوعه ، والا فربما لا يمكن رفعه^(٦).

(١) راجع بنية ١٧ .

(٢) العاملات للشيخ أبي الفتح بك ص ٦٣ — ٦٤ .

(٣) من المبسوط جزء ١٤ ص ٩٠ .

(٤) ص ٨٠ .

(٥) مجمع الأنهر ٢ ص ٤٥٤ — ابن عابدين ٥ ص ١٤٢ — الزيلعي ٥ ص ٢٣٩ .

(٦) شرح سليم باز على المادة ١٠٠٨ من المجلة — ابن عابدين ٥ ص ١٤٢ .

وجاء في أعلام الموقعين^(١) أن حكمة الشارع اقتضت رفع الضرر عن المكلفين ما أمكن ، فإن لم يمكن رفعه الا بضرر أعظم منه بقاء على حاله ، وإن أمكن رفعه بالتزام ضرر دونه رفعه به . ولما كانت الشركة منشأ الضرر في الغالب فإن الخلطاء يكثر فيهم بنى بعضهم على بعض ، شرع رفع هذا الضرر بالقسمة تارة وانفراد كل من الشريكين بنصيبه ، وبالشفعة تارة وانفراد أحد الشريكين بالجملة اذا لم يكن على الآخر ضرر في ذلك . فاذا أراد بيع نصيبه وأخذ عوضه كان شريكه أحق به من الأجنبي ، وهو يصل الى غرضه من العوض من أيهما كان ، فكان الشريك أحق بدفع العوض من الأجنبي ، ويزول عنه ضرر الشركة ولا يتضرر البائع ، لأنه يصل الى حقه من الثمن .

والشفعة مزية أخرى ، وهي منع تجزئة العقارات الى قطع صغيرة يبيعها لغير الجار والشريك ، اللذين باستعمالها حق الشفعة يضمانها الى ملكهما ، فيمنعان تجزئتها .

غير أنه لا يلزم ، لكي تثبت الشفعة ، أن يتحقق الضرر فعلا ، لأنه من المقرر شرعا وقانونا أنها تثبت متى توافرت في الشفيع الشروط المقررة للأخذ بالشفعة . ولا يجوز دفع دعوى المدعى بها بأن سوء الجوار الذي شرعت الشفعة من أجله لم يكن محققا^(٢) .

٧ — مفسد الشفعة وعدم التوسع فيها — ان في استعمال الشفعة تقييدا لحرية الملكية ، وحرية التعاقد ، اذ بمقتضاها يغير المشتري على التخلي من العقار التي اشتراه رغم ارادته^(٣) .

(١) ص ٢٤٧ و ٢٤٨ .

(٢) استئناف أهلى ١٢ ديسمبر ١٨٩٩ (دائرة قاسم أمين بك ومستر ويلبور ويوسف شوق بك) المجموعة ٢ ص ١٤٢ — راجع ما سيجىء نبذة ٩ .

(٣) راجع استئناف مختلط ٢٦ يناير ١٩١١ (٢٣ ص ١٤٨) ، ٢٢ مايو ١٩١٣ (٢٥ ص ٤٠٠) ، ٣١ ديسمبر ١٩١٧ (٣٠ ص ١١٢) ، ١٢ أبريل ١٩٠٦ (١٨ ص ١٩٦) ، ٢٣ أبريل ١٩٠٣ (١٥ ص ٢٦١) .

ولذلك يجب عدم التوسع فيها^(١)، حتى أن علماء الشرع توسعوا في مسقطاتها، وبالنظر في ذلك إلى حد أنهم أجازوا الخيل في اسقاطها^(٢).
وقد صدرت جملة أحكام من الحاكم الأهلية والمختلطة في تضيق حق الشفعة:

قررت محكمة طنطا الابتدائية^(٣) أن الغرض الذي يقصده القانون من الشفعة هو حصرها فيمن يحتمل أن يلحقهم ضرر من انتقال ملكية المين للشفعة، وهم الذين بينهم القانون، فأباح لهم دفا لهذا الضرر المحتمل أن يأخذوا الصفقة لأنفسهم، فيحلون محل المشتري بالرغم منه ومن البائع، ولذا لا يمكن تفسير الشفاء الذين عينهم القانون أن يستفيدوا من ذلك الحق الاستثنائي، لا مباشرة ولا بطريق التحايل، فيجب رفض طلب الشفعة إذا كان الغرض منه المضاربة^(٤)، كما لو كان الجار غير قادر على دفع الثمن واتفق مع شخص آخر على أن يدفعه مقابل أخذه جزءا من العقار للشفوع^(٥).

(١) استئناف مخطط ٢٧ ابريل ١٨٩٥ (٧ ص ٢٥٧)، ٨ يونيو ١٨٩٨ (١٠ ص ٣١٢)، ٤ يناير ١٨٩٩ (١١ ص ٨٨)، ٢٣ ابريل ١٩٠٣ (١٥ ص ٢٦١)، ٢٦ ابريل ١٩١١ (٢٣ ص ١٤٨)، ٢٢ مايو ١٩١٣ (٢٥ ص ٤٠٠).
(٢) راجع ما سيجيء خاصة باستعمال الخيل بنذرة ٩٩ وما بعدها.

(٣) ٢٢ ابريل ١٩١٨ (دائرة القضاة مصطفى النحاس ويوسف ضيا وجمال الدين أباطة) المجموعة ٢٠ ص ٢٧ رقم ٢٣ القهرست المصرية الثانية للمجموعة رقم ٩٧٨ الحقوق ٣٤ ص ١٤١.

(٤) راجع استئناف مخطط ٢٣ ابريل ١٩٠٣ (١٥ ص ٢٦١)، ١٢ ابريل ١٩٠٦ (١٨ ص ١٩٦).

(٥) راجع استئناف ٢ يناير ١٩١٢ (دائرة عبد العزيز كحل بك وعلى ذو الفقار بك ومستر مارشال) المجموعة ١٣ رقم ٣٣ ص ٦٧ القهرست المصرية الثانية للمجموعة رقم ٩٧٣، وقد أيد هذا الحكم في هذه النقطة حكم محكمة الزقازيق ٢٤ ديسمبر ١٩٠٨ (دائرة القضاة حافظ لطفى وعبدى صديق وعزت شكرى) المجموعة ١٧ ص ٦٣ - ومصر الابتدائية ٢٦ نوفمبر ١٨٩٨ (دائرة أحمد قنصى بك وأحمد عزى بك والقاضى محمد صالح) الحقوق ١٤ رقم ٣١ ص ٦٦.

وقضت محكمة بنى سويف الابتدائية^(١) أنه يعد باطلا لبنائه على سبب فاسد ومخالف للقانون التعاقد الذى يتعهد به شخص بتقديم التقود اللازمة لشفيع لياخذ أطيانا بالشفعة ، ثم يتقاسمها معه ، لأن مثل هذا العقد يقصد به الاتجار والربح من طلب الشفعة بطريق غير شرعى ، وبناء على ذلك اذا تواطأ طالب الشفعة مع المشتري ، وتنازل عن دعوى الشفعة ، فليس لمقدم المال أن يطالب الشفيع بتعويض .

وحكم بأن حق الشفعة الذى للجار هو حق خاص به ، فليس له أن يتنازل عنه أو أن يستعمله لمصلحة شخص آخر ، وبذلك يجعله محلا للمضاربة . فيجب رفض دعوى الشفعة التى يحركها الجار لمصلحة شخص آخر قدم مصاريف القضية ووعد الجار بمكافأة فى حالة كسبه الدعوى المرفوعة ، وكذلك دعوى الجار المرهونة أملاكه والذى ليس لديه ما يستطيع به استعمال الشفعة لحسابه الخاص^(٢) .

وحكم بأنه من حيث ان حق الشفعة هو من الحقوق الاستثنائية الخارجة بطبيعتها عن الحد ، فلا يجوز امتداده بطريق التأويل والاستنتاج ، بل من الواجب حصره فى أضيق حدوده ، وعلى ذلك لا يمكن سريانه بمجبة المجاورة أو المنفعة أو التبعية اللازمة على قطعة أرض غير مجاورة لملك الشفيع ولا لباقي الأطيان المشفوعة ، حتى لو كانت تلك القطعة بيعت بثمن واحد مع باقى الأملاك المجاورة لها^(٣) .

وقضى على عكس ذلك ، بجواز استعمال الشفعة ، حتى لو كان القصد منها

(١) بنى سويف الابتدائية ٢٠ مايو ١٩٠٣ (دائرة محمد مظهر بك والقاضى محمد فضل والقاضى عبد اللطيف على) ، الاستقلال ٤ رقم ١٨١ ص ١٧١ ، وقد تأيد هذا الحكم فى الاستئناف فى ٢٠ ديسمبر ١٩٠٤ (دائرة يحيى إبراهيم بك ومستر ويطور ومستر كوغن) .

(٢) استئناف مختلط ٢٦ ابريل ١٩٠٠ (١٢ ص ٢٣١) .

(٣) استئناف مختلط ١٠ فبراير ١٨٩٢ (٤ ص ١٣٤) .

راجع كذلك ٨ يونيو ١٨٩٨ (١٠ ص ٣١٣) ، ٢٣ ابريل ١٩٠٣ (١٥ ص ٢٦١) ، المجبوعة الرسمية المختلطة ٢٨ ص ٢٨٦ ، ١٢ ابريل ١٩٠٦ (١٨ ص ١٩٦) .

المضاربة ، أو كان القصد بيع العقار المشفوع الى شخص آخر ^(١) ، لأن كل شفعة يوجد فيها مضاربة speculation ، ويستحيل تصور شفعة تكون فيها المنفعة لعقار الشفيع ، ولا يكون فيها في ذات الوقت منفعة شخصية للشفيع نفسه ^(٢) .

فليس للقاضي أن يرفض دعوى الشفعة التي ترفع على حسب الشروط المدونة في القانون بحجة أنها استعملت بقصد المضاربة ^(٣) ، اذ لا يوجد في القانون نص يقضى بعدم قبول الدعوى في هذه الحالة . وكل مضاربة تكون مشروعة ما دام أن القانون لم يحرمها ^(٤) .

وحكم بأن طلب الشفعة الذي يقدم في حالة من الأحوال المذكورة في القانون لا يمكن أن ترفضه المحكمة بحجة أن الشفيع لم تكن لديه النقود اللازمة ، وأنه اقترضها بشروط تجعل الوفاء بها عسيرا ، ولذا يجب اعتباره أنه أعار اسمه للمقرض prête-nom du prêteur ^(٥) .

ونحن لا نوافق على هذا الرأي الثاني .

واذا لجأ الشريك في الملك الى غيره للحصول على المال اللازم لاستعمال حق الشفعة ، فلا يكون لعمله صفة المضاربة غير الجائزة أو المشروعة ^(٦) .

٨ - **ثبوت الشفعة ولو لم يتحقق الضرر** — اذا توافرت في الشفيع الشروط المقررة للأخذ بالشفعة فلا يجوز دفع دعواه بأن ضرر سوء الجوار الذي

(١) راجع استئناف مختلط ٢٣ مارس ١٩١١ (٢٣ من ٢٣٧) ، ١٤ يونيو ١٩٠٦ (١٨ من ٣٣١) .

(٢) استئناف مختلط ١٥ مارس ١٩٠٦ (١٨ من ١٥٤) .

(٣) استئناف مختلط ١٦ مايو ١٩٠٧ (١٩ من ٢٦٢) .

(٤) استئناف مختلط ٢٣ مارس ١٩١١ (٢٣ من ٢٣٧) .

(٥) استئناف مختلط ٢٦ ديسمبر ١٩١٢ (٢٥ من ٩٠) .

(٦) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر ١٩٠٠ (١٣ من ٦٦) .

شرعت الشفعة من أجل رفضه ليس متحقا^(١)، لأنه مهما يكن من الحكمة التي توخاها الشارع في تحرير حق الشفعة فإنه طرد الباسب وأطلق الحكم، ولم يقصر حق طلب الشفعة على من توافرت في حالته حكمة ذلك الحق، فلا محل للتخصيص والتقييد^(٢).

خصائص حق الشفعة

٩ — من استثنائي — حق الشفعة حق استثنائي كما ينشأ، لأن فيه تقييدا لحرية التعاقد ولحق الملكية، فبمقتضاه يجبر المشتري على التخلي عن العقار الذي اشتراه، ويجد البائع نفسه قد باع لشخص غير الذي أراد البيع له، وقد يتفق أن يكون عامل المشتري معاملة ممتازة، من حيث الثمن أو شروط البيع، لاعتبارات خاصة موجودة فيما بينهما، فيستفيد الشفيع من هذه المعاملة، وإن كانت لا توجد هذه الاعتبارات بالنسبة له.

ولذلك يجب كما قلنا عدم التوسع في تفسير نصوص حق الشفعة^(٣). وقد حاطه الشارع نفسه بجملة قيود، فنص على أن لا شفعة فيما بيع بين الأصول وفروعهم والعكس، ولا فيما بيع من أحد الزوجين للآخر، أو من المالك لأحد أقاربه لغاية الدرجة الثالثة (المادة ٣ ققرة ٢)، ونص على وجوب استعماله في مواعيد قصيرة بينها، والاسقاط الحق فيه، إلى غير ذلك من القيود التي تراها مفصلة في مواضع أخرى من هذا الكتاب.

(١) استئناف مصر ١٢ ديسمبر ١٨٩٩ (دائرة قاسم أمين بك ومستر ويلبور ويوسف شوقي بك) المجموعة ٢ ص ١٤٢، ١٧ نوفمبر ١٨٩٨ القضاء ٦ ص ١٦٩، ١٥ ديسمبر ١٨٩٨ القضاء ٦ ص ١٧١ — مصر الابتدائية حكم استئنافي ٢٦ نوفمبر ١٨٩٨ القضاء ٦ ص ١٧٩ — استئناف مختلط ١٥ مارس ١٩٠٦ (١٨ ص ١٥٤).

(٢) ١٧ مايو ١٩٢٠ (دائرة القضاة عبد الحيد بدوي وخليل عفت وصالح جعفر) المحللة ١ رقم ٦١ ص ٣٤٠ الجدول المصري الأول للحاماة رقم ٩٧١.

(٣) راجع نبة ٧.

١٠ - من عقارى - حق الشفعة حق عقارى ، لأنه لا يقع الا على العقارات . وسنفصل ذلك عند بحث ماتجب فيه الشفعة وما لا تجب .

١١ - من غير قابل للتجزئة - الشفعة حق غير قابل للتجزئة . فلتفيم أن يطلب كل العقار المبيع اذا توافرت لديه شروط الشفعة . وليس له أن يطلب جزءا منه فحسب ، ويترك الباقي . وسيجيء تفصيله فيما بعد .

١٢ - هل الشفعة من عيني ؟ - اختلف فى ذلك .

ومن رأى بمض الأحكام أنها حق عيني :

فقد جاء فى حكم لمحكمة الاستئناف المختلطة أن الشفعة وان كانت من حق كل مالك فى حالة بيع عقار جاره ، وتكون له فى كل مرة يباع فيها هذا العقار ، فانها مع ذلك ليست حقا شخصيا بالمعنى الذى ينخصه القانون لهذه العبارة ، مقابل عبارة الحق العيني . فالشفعة حق عيني حقيقى ، ومصدر هذا الحق وأساسه هو الحق العيني للملكية العقار الشافع التى تخول مالك هذا العقار حقا Jus ad rem على العقار المشفوع (١) .

وجاء فى حكم آخر لمحكمة الاستئناف المختلطة أن حق الشفعة حق عيني يتولد من حق ملكية العقار ويتنقل من مالك الى مالك بائتمال الملك من شخص الى شخص (٢) .

وقررت كذلك بعض المحاكم الأهلية أن الشفعة حق عيني ثابت على العقار ، وأنه متى ترتب هذا الحق بمجرد حصول البيع فيكون تابعا للعقار فى يد أى كان ، ولا يزول عنه الا بمسوخ قانونى ، كالتنازل صراحة أو ضمنا ، وعدم المطالبة به لمدة

(١) استئناف مختلط أول مارس ١٩٢١ Prés. Cambas (٣٣ من ١٩٠) . راجع كذلك ٤ ابريل ١٨٨٩ (١ من ١٤٧) .

(٢) استئناف مختلط ٢٢ يناير ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٥٩٥ من ٧٨٧ الجدول العبرى الأول للمحاماة رقم ٩٧٦ .

معينة قانونا (١) .

وقرر بعض الأحكام أن الشفعة حق شخصي ، لا يمكن استعماله لمصلحة شخص آخر أو التنازل عنه للغير (٢) .

وقد جاء في حكم لمحكمة الاستئناف المختلطة أن الشفعة ليست حقا عينيا ، وانه وان كان غرض الشفيع الحصول على الملكية ، لكنه لا يصل اليها الا بواسطة عقد بالحلول قبل البائع محل المشتري في كل حقوقه والتزاماته . ومعنى هذا أن الشفيع لا يستعمل دعوى عينية ، بل حقا شخصيا ، وهو الحق في أن يصير مشتريا بالأفضلية على الشفوع منه ، ولو ضد ارادة البائع ، وبذلك تكون له الحقوق التعاقدية التي كانت للمشتري السابق (٣) .

وقد حكم بأن المادة ٦٦ (مختلط) قد أوردت الشفعة بين طرق اكتساب الملكية ، والدعوى التي يطلب بها حق الشفعة مصدرها وسببها ليس رابطة التزام ، وانما حالة قائمة متعلقة بعقار ، ويترتب عليها الزام المشتري بترك ملكية العقار لمصلحة الجار بسبب صفة كونه مالكا للعقار المجاور . فالدعوى اذن دعوى عينية حقيقية (٤) .

وقد حكم بأن دعوى الشفعة دعوى عينية عقارية بما أن موضوعها عقار معين

(١) استئناف أهلك ٧ نوفمبر ١٨٩٥ (دائرة عمر رشدي بك ومسيو دي هلس ومسيو كامران) المحاكم ٦ ص ٧١٦ .

استئناف أهلك ٢٠ ديسمبر ١٨٩٤ (دائرة أحمد عفيفي بك وعمر رشدي بك وكوربت بك) المحاكم ٦ ص ٤٢٩ .

استئناف أهلك ٢٢ يونيه ١٩٢٥ (دائرة محمد محرز باشا وعلى جلال بك وعبد العزيز محمد بك) المحاماة ٦ رقم ١٠٢ ص ١٤٠ .

(٢) استئناف مختلط ٢٦ أبريل ١٩٠٠ برئاسة Kortanico (١٢ ص ٢٣١) .

(٣) استئناف مختلط ٢١ ديسمبر ١٩٢٦ برئاسة Baviera (٣٩ ص ١٠٢) .

(٤) استئناف مختلط ١١ مايو ١٨٩٢ (٤ ص ٢٥٩) .

يطالب الشفيع بالحلول في ملكيته محل المشتري أى كان^(١).

وحكم بأن دعوى الشفعة ليست حقا عينيا Jus in re ، بل هي دعوى شخصية للحلول في حقوق المشتري une action personnelle en subrogation dans les droits de l'acquéreur (jus ad rem) ، ولا يكتسب الشفيع الملكية الا بالتسليم الاختيارى أو بحكم القضاء^(٢).

وحكم بأنها وان لم تكن دعوى عينية عقارية ، فانها ليست دعوى شخصية بما أن الغرض منها اكتساب ملكية عقار^(٣).

وقضى بأنه لا يمكن وصف الشفعة بأنها حق عيني يتبع العقار أينما حل ، فقد جاء صريحا في القانون المدني أنها طريقة من طرق اكتساب الملكية والحقوق العينية ، كالقعود والهبة والميراث ووضع اليد بدون فرق ، ولا يتصور أن السبب المنتج للحق العيني يسمى نفسه حقا عينيا ، فليست اذن الشفعة حقا من الحقوق يؤثر لذاته في الشيء ، كالملكية أو حق الانتفاع ، وانما هي سبب من الأسباب القانونية التي تنشئ حق الملكية العيني ، أو بمبارة أخرى هي مجرد اباحة للتوصل الى اكتساب حق الملكية بشروط وفي أحوال مخصوصة ، وهذه الاباحة لا تنتج حقا الا اذا استعملت ، وحيثئذ فلا يتولد حق عيني للشفيع بمجرد البيع ، وانما يتولد هذا الحق عند طلب أخذ الشفيع بالشفعة والقضاء به^(٤).

(١) استئناف مختلط ٢٧ فبراير ١٩٠٢ برئاسة Koriznico (١٤ من ١٦٣) ، أول مايو ١٩٠٢ برئاسة Koriznico (١٤ من ٢٧٥) .

(٢) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر ١٩٠٦ (١٩ من ٤٢) ، ٢١ ديسمبر ١٩٢٦ (٣٩ من ١٠٢) .

(٣) استئناف مختلط ١٤ مايو ١٩٠٨ برئاسة Moriando (٢٠ من ٢٢٩) .

(٤) استئناف أهلى ٢ ابريل ١٨٩٥ (دائرة حامد محمود بك ومستر بوند وقاسم أمين بك) القضاء ٣ من ١٠٧ .

وقد جاء في حكم محكمة الاستئناف بدواثرها مجتمعة^(١) ، القاضى بأن حق الشفعة لا ينتقل الى الوارث ب وفاة الشفيع قبل التملك بالتراضى أو بقضاء القاضى :

« وحيث ان الفقهاء لا يعتبرون حق الشفيع قبل تملكه العين المشفوعة نهائيا بالقضاء أو بالرضاء حقا تاما ، بل يصفونه بأنه حق ضعيف ، لأنه عبارة عن مجرد حق طلب التملك ، فهو مجرد رأى ومشيدة ، أو بعبارة علماء القانون Simple faculté ، وقرروا بناء على ذلك أنه لا يمكن أن يستمض عنه ، ولا أن يورث ، فهو حق لاحق بشخص الشفيع لا يمكن أن ينتقل منه لغيره .

« وحيث انه من جهة أخرى فانه من شروط هذا الحق فى الشريعة أن يكون الشفيع مالكا لما يشفع به من وقت البيع الى وقت الأخذ بالشفعة ، فاذا زال ملكه بطلت شفيعته بزوال سببها ولا تنتقل لمن آكل اليه الملك ، لأن ملكه يكون حادثا بعد البيع ، وهو يجب أن يكون مالكا وقته ، وبناء على ذلك اذا مات الشفيع بطلت شفيعته ولم تنتقل لوارثه ، لأن الوارث انما يملك بالميراث من وقت الوفاة ، وهى حادثة بعد البيع .

« وحيث ان هذه المبادئ التى قررتها الشريعة لم يأت قانون الشفعة بما يخالفها فوجب العمل بها » .

ويقول الأستاذ عبد السلام ذهنى بك^(٢) ان حق الشفعة شخصى عيى : شخصى بالنسبة للشفيع ، وعيى بالنسبة للعقار المشفوع فيه .

(١) ٣ مايو ١٩٣٠ (برياسة كامل ابراهيم بك وحضور السيد محمد عبد الهادى الجندى بك ومحمد فريد الشافى بك ومصطفى محمد بك وعبد العظيم راشد باشا ومحمد نهى حسين بك وأحمد نظيف بك وعمود المرجوشى بك وعبد الباى زكى القشبرى بك وعلام محمد بك ومصطفى حنى بك وعمود على سرور بك وعلى حيدر حجازى بك وأحمد مختار بك ومحمد نور بك وسليمان السيد سليمان بك وعلى زكى الرايى بك) المجموعة ٣١ رقم ٦١ ص ١٧٢ المطاماة ١٠ رقم ٤٢٦ ص ٨٤٣ .

(٢) « فى الأموال » نيف ٤٥٩ ص ٦٥٢ .

ومن رأى الأستاذ السهوري^(١) أن الشفعة ليست حقا عينيا ولا حقا شخصيا ، بل هي واقعة قانونية طبيعية ، وهي من أسباب اكتساب الملكية ، فهي ليست بحق ، بل هي مصدر للحق^(٢) .

ومن رأى مسيو دى هلتس أن حق الشفعة حق شخصي متعلق بشيء ، droit personnel ad rem مرتبط بالشخص الذي تتوافر فيه الشروط الواجبة وقت بيع العقار الذي تترتب عليه الشفعة ، ولا ينتقل مع ملكية العقار اذا بيع بعد هذا الوقت^(٣) .

ولكن دى هلتس لا ينظر الى حق الشفعة الا من وجهة واحدة ، وهي وجهة صاحب الحق الذي تتوافر فيه وقت البيع الشروط المطلوبة للأخذ بالشفعة ، فان له حقا شخصيا ، بمعنى أن حق الشفعة خاص به ، ولا ينتقل الى ورثته ، ولكن الشفع في ذلك مثل صاحب حق الانتفاع ، فان حقه لا ينتقل الى ورثته ، ومع ذلك فلا خلاف في أنه حق عيني .

ومن رأى مسيو فورجير أنه حق شخصي ، لا عيني^(٤) .
وعندنا أن حق الشفعة أقرب الى الحق العيني منه الى الحق الشخصي .
فلشفيع بمقتضاه ما يشبه حق التبعية وحق الأولوية اللذين يخولهما الحق العيني :
حق التبعية droit de suite : لأن للشفيع أن يطلب العقار من هو في يده ،
أيأ كان . فاذا باع المشتري العقار الى آخر فللشفيع الحق في طلبه من المشتري
الجديد (المادة ٩ من قانون الشفعة) . ويستنتج من ذلك أنه لو كان الحق شخصيا
فان صاحب الحق لا يتقاضى حقه الا من شخص معين .

(١) في كتابه « النظرية العامة للالتزامات » الجزء الأول (نظرية العقد) ص ٧٥ (هامش) .

(٢) قانون حكم الاستئناف الأعلى ، ١٢ ابريل ١٨٩٥ السابقة الاشارة اليه .

(٣) دى هلتس ، شفعة ، نيفه ٦ .

(٤) فورجير ص ١٧٢ : un droit personnel, non réel, un jus ad rem et non un jus in re

وحق الأولوية droit de préférence : لأن الشفيع مقدم على من سواه ممن تكون لهم حقوق على العقار المبيع ، اذا توافرت فيه كل الشروط اللازمة للأخذ بالشفعة ، ومتى قام بالاجراءات التي يوجبها القانون . وقد جاء في المادة ١٢ من قانون الشفعة أن « كل رهن من المشتري وكل حق اختصاص حصل عليه دائئوه وكل بيع وكل حق عيني قبله المشتري أو اكتسبه الغير ضده بعد التاريخ الذي سجل فيه طلب الشفعة طبقا للمادة الرابعة عشرة الآتية لا يسرى على الشفيع » .

القانون الواجب تطبيقه في الشفعة

١٣ - قانون الشفعة الخاص بها - للشفعة قانون خاص في مصر^(١) ، فيجب اذن العمل بأحكامه وتطبيقها^(٢) .

١٤ - امتزاج النص العربي والفرنسي - من رأى محكمة مصر الابتدائية^(٣) أنه اذا اختلف النص العربي عن النص الفرنسي في قانون الشفعة ،

(١) راجع نبذة ١ .

(٢) ملطحا الابتدائية ١٦ نوفمبر ١٩٠١ (دائرة بطرس يوسف بك والقاضي محمد صدق والقاضي محمد زكي) المجموعة ٣ رقم ٣٦ ص ١٠٨ الفهرست الأولى للمجموعة رقم ٧٧٣ : لا تسرى أحكام الأمر المالى الصادر في ٢٣ مارس سنة ١٩٠١ متعلقا بالشفعة على ما قبلها من الزمن اذا كان طلب الشفعة تقدم قبل صدور هذا الأمر المالى . وبناء على ذلك فالمائل المتعلقة بشروط الشفعة والمواعيد الواجب مراعاتها فيها يسرى عليها القانون السابق على ذلك الأمر المالى .

استئناف مصر الأهلية ١٧ مارس ١٩٠٤ (دائرة قاسم أمين بك ومستر هالتون وأحمد زيور بك) المجموعة ٦ رقم ١٤ ص ٢٨ الفهرست المصرية الأولى للمجموعة ٨٦٧ : لا تنطبق قواعد قانون الشفعة من حيث سقوط الحق فيها على دعوى شفعة سابقة على صدور هذا القانون .

(٣) مصر الابتدائية الأهلية ٣٠ يناير ١٩٢٩ (دائرة على زكي العرابي بك والقاضي عفيفي عفت والقاضي عبد الفتاح البصري) المحاماة ٩ رقم ٣٢٩ ص ٥٣٩ الجدول المصري الأول للمحاماة رقم ١١٠١ .

فان الذى يجب تطبيقه أمام المحاكم الأهلية هو النص العربى ، لأنه هو الذى عرض على مجلس شورى القوانين ، وتناقش فيه وصدق عليه ، وهو الذى صدر به القانون فلا ، وكلف الناس باتباعه ، فلا يمكن ترك القانون والرجوع الى نصوص ربما وجدت أمام الشارع ولكنه لم يصدرها بالفعل ، كما أنه ليس من العدل ولا من النظام مؤاخذه الناس بنصوص خفية وغير رسمية وخارجة عن القانون وتناقض نصوصه ولم تشر على الناس ولم ينبهوا اليه بأى طريق من الطرق المعروفة فى القانون ، وانما يمكن الرجوع الى النص الفرنسى اذا كان النص العربى غامضا بتفسيره ولمعرفة المعنى الحقيقى الذى يرمى اليه ، ولكن اذا تناقض النصان فلا يمكن اهمال النص العربى والأخذ بالنص الفرنسى ، لأن معنى ذلك إلغاء القانون الذى صدر فلا والعمل بنصوص لم يصدر بها القانون .

وقد قررت محكمة مصر ذلك بمناسبة تفسير المادة ٣ من قانون الشفعة ، الخاصة بالبيع بالزيادة ، والتي تعارضت فيها أحكام المحاكم . ومن رأينا أنه يجب العمل بالنص الفرنسى ، فى مثل هذه الحالة ، لأنه الأصل فى قانون الشفعة ، وقد وضع هذا القانون باللغة الفرنسية ، وصدر أولاً بالنسبة للمحاكم المختلطة ، ثم ترجم ، وصدر بعد ذلك بالنسبة للمحاكم الأهلية . ولم يطرح هذا القانون للمناقشة أمام مجلس شورى القوانين ، كما ذكر ذلك خطأ فى حكم محكمة مصر الابتدائية ^(١) .

وبما أن الشفعة تتولد بين الشفع والبايع والمشتري معا فيطبق القانون الأهلى اذا كانوا كلهم وطنيين ، والقانون المختلط اذا كانوا كلهم أو أحدهم من الأجانب ^(٢) . وقد حكمت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المحاكم المختلطة تكون مختصة

(١) راجع اسبوط الابتدائية استئناف ٢٩ يناير ١٩٢١ (حاضرة محمد عبد الهادى . الجندي بك والقاضى عبد الله محمد والقاضى محمد شركس) المجموعة ٢٢ رقم ١٣١ س ٢١١ الحقوق ٣٧ رقم ٧٠ س ٨٨ الحاماة ١ رقم ٩٨ س ٤٨٥ الجداول المصرية الأول للسامية رقم ١٠٠٣ .

(٢) قانون مادتي ١٤ و ١٨ من قانون الشفعة .

بالنظر والفصل في دعوى الشفعة اذا رفضها بعض الشركاء على الشيوع ضد شريك على الشيوع من رعايا الحكومة المحلية اذا وجد أجنبي بين الشركاء على الشيوع طالبى الشفعة ^(١).

وقضت محكمة الاستئناف الأهلية بأن الشفعة تكون خاضعة للقانون التابع له كل من المشتري والشفيع فقط ، لأنها الحصان الحقيقيان ^(٢) . وقد جاء في أسباب هذا الحكم :

« وحيث ان الشفيع والمشتري في الدعوى الحالية أهليان فلا ينطبق عليها القانون المختلط وان كان البائع أجنبيا .

« وحيث انه لا يمكن انطباقه عليها أيضا باعتبار كونه قانون عقد البيع الذى تولد عنده الحق المتنازع فيه ، لأن الشفعة ليست من الحقوق الاتفاقية ، أى التى تنتج من اتفاق المتعاقدين وتكون من اتحاد ارادتهما ، بل هى من الحقوق القسرية التى مصدرها القانون ، وعلاقتها بالبيع علاقة مناسبة لا علاقة نسيب ، فلا يبحث عنها فى اتفاق المتبايعين ، ولا فى القانون الذى يحكم اتفاقهما باعتبار أنه هو الملحوظ لهما وقت التبايع ، بل فى القانون الذى يخضع اليه الشفيع والمشتري اللذان هما الطرفان الحقيقيان لها ، كالحق فى نزع الملكية للمصلحة العامة لا يرجع فيه الى القانون الذى اكتسب المالك بموجبه الملك المراد نزعه ، بل الى القانون الذى يخضع هو والحكومة لسلطانه ، ولا فرق بين الحقين ، لأن كلا منهما مصدره القانون وموضوعه نزع الملك قهرا عن صاحبه وغايته فائدة الغير من مصلحة عامة أو خاصة .

« وحيث ان لأئمة الشفعة الصادرة للمحاكم الأهلية لا تنطبق أيضا على هذه الدعوى لتولد الحق فيها واقامت قبل وجوب العمل بها ، وليس وجوب ادخال البائع فى الدعوى الذى قضت به هذه اللأئمة من أحكام المرافعات كما فهمت خطأ محكمة أول درجة ، بل هو من الأحكام المتعلقة بالحق ، لأنه شرط فى صحة

(١) استئناف مخطط ٤ مايو ١٩٢٦ المحامة ٧ رقم ١٩٢ ص ٢٧١ المجلد العشرى الأول للمحكمة رقم ١١٠٠ .

(٢) استئناف أملى ٢٥ ابريل ١٩٠٥ (دائرة سعد زغلول بك وأحمد زيور بك بـ) ج ١٣ .

استعماله ، اذ لا معنى لاختصاص شخص في دعوى الاستعمال الحق الذي هو موضوعها ضد من له شأن فيه ، فلا يسرى عليه الا القانون الذي يسرى على الحق نفسه .

ولكن هذا الرأي غير صحيح ، لأن القانون نفسه أوجب ضرورة وجود البائع في دعوى الشفعة ، وللبائع مصلحة في ذلك ، ولا يمكن أن تحكم في أمر مصالحه الا المحكمة المختصة ^(١) .

١٥ - الرجوع الى أنظمة الشريعة - وفي حالة عدم وجود نص صريح يجب الرجوع الى أحكام الشريعة الاسلامية ، لأن معظم أحكام حق الشفعة مأخوذ منها ، وقد قضت بذلك المحاكم المختلطة والأهلية ^(٢) .

وليس القاضى مقيدا بالأخذ بأحكام مذهب مخصوص من المذاهب الشرعية ، أولا لعدم وجود نص قانونى يلزمه بذلك ، وثانيا لأن قانون الشفعة نفسه استمد أحكامه من مذاهب مختلفة كما سترى . فلقاضى اذن أن يأخذ بأى حكم من أحكام الشريعة يراه موافقا لقواعد العدالة بسبب عدم وجود نص في القانون ، بناء على المادة ٢٩ من لأئحة ترتيب المحاكم الأهلية ، المقابلة للمادة ١١ مدنى مختلط .

وليس للقاضى كذلك أن يأخذ بأى نص من أحكام الشرع اذا رآه غير موافق لسياق نصوص قانون الشفعة ، لأن القانون المذكور جاء ببعض نصوص تخالف أحكام الشريعة ^(٣) .

(١) زكى الراى بك نبذة ٩ .

(٢) استئناف مختلط ٢٤ ديسمبر ١٨٩٢ (٥ ص ٤٦) .

بندر ملط الجزيمة (القاضى محمود صادق بك) ٢٥ فبراير ١٩٢٥ المحللة ٥ رقم ١٥ ص ٦٢٩ الجدول المصرى الأول للمحكمة رقم ١٠٩٧ مجموعة ناصر ٤٦٢٨ .
قانون استئناف أهلى ٢ ابريل ١٨٩٥ (دائرة حامد محمود بك ومستر بوند وقاسم أمين بك) القضاء ٣ ص ١٠٧ .

(٣) استئناف أهلى ٢ ابريل ١٨٩٥ المحاكم ٦ عدد ٢٣٧ - استئناف مصر دوائر مجتمعة ٣ ديسمبر ١٩٢٧ المجموعة ٢٩ رقم ٢١ ص ٤٦ المحللة ٨ رقم ٢٢٧ ص ٢٩٨ - زكى الراى بك نبذة ٨ .

من لهم حق الشفعة

(١) في الشريعة الإسلامية

١٦ - **المتصرف في الرأي** - لم يتفق الأئمة على ثبوت الشفعة للشریک

في الملك^(١)، واختلفوا فيما عدا ذلك .

قال أبو حنيفة وأهل العراق الشفعة على مراتب ، يقدم فيها الشريك في نفس المبيع^(٢) ، ثم الشريك في حقوق المبيع^(٣) ، ثم الجار المالك بعدها^(٤) .

وذهب الشافعي وأحمد ومالك وأهل المدينة إلى أن لا شفعة للجار ولا للشريك في حقوق المبيع^(٥) .

١٧ - **مصحح الفاتلين بثبوت الشفعة بسبب الجوار**^(٦) :

(١) منع مضايقة الجار ، فإن الجار قد يسيء إلى جاره غالباً أو كثيراً ، فيعلی الجدار ، ويتبع العثار ، ويمنع الضوء ، ويشرف على العورة ، ويطلع على العثرة ، ويؤذى جاره بأنواع الأذى ، كما يشهد به الواقع .

(٢) ما أوصى به الله ورسوله في القرآن والسنة من إكرام الجار والاحسان إليه .

(٣) الحكم بالشفعة ثبت في الشركة ، لافضائها إلى ضرر المجاورة ، فانهما إذا اقتسما تجاورا . ولهذا اختصت بالعقار دون المنقولات . فإذا ثبتت في الشركة في العقار ، لافضائها إلى المجاورة ، فحقيقة المجاورة أولى بالثبوت فيها .

(٤) هذا معقول النصوص لو لم ترد بالثبوت فيها ، فكيف وقد صرح

(١) كتاب الميزان للشرعاني ٢ ص ٨٦ .

(٢) راجع نبذة ٢٥ .

(٣) راجع نبذة ٢٦ وما بعدها .

(٤) البيوط للرخسي ص ٩٤ . (جزء ١٤) (مجلد ١٤) .

(٥) كتاب رحمة الأمة ٢ ص ٣٧ - الترمذي في جامعه ، حاشية الشافعي ص ٢٤٠ .

(٦) راجع اعلام الموقعين ٢ ص ٢٥٢ وما بعدها .

بالتبوت فيها أعظم من تصريحها بالتبوت للشريك :

(١) فن عمرو بن الشريد قال « وقتت على سعد بن أبي وقاص ، فجاء السور بن محرمة ، ثم جاء أبو رافع مولى النبي صلى الله عليه وآله وسلم ، فقال يا سعد اتبع منى يتي فى دارك ، فقال سعد والله ما ابتاعها ، فقال السور والله لتبتاعنها ، فقال سعد والله ما أزيدك على أربعة آلاف منجمة أو مقطعة ، قال أبو رافع لقد أعطيت بها خمسمائة دينار ، ولولا أنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقول الجار أحق بسقبة ما أعطيتكما بأربعة آلاف ، وأنا أعطى بها خمسمائة دينار ، فأعطاهما إياه ^(١) » .

(ب) عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « جار النار أحق بالنار من غيره ^(٢) » .

(ج) وعن الشريد بن سويد قال « قلت يا رسول الله أرض ليس لأحد فيها شرك ولا قسم الا الجوار ، فقال الجار أحق بسقبة ما كان ^(٣) » .

(١) قوله « اتبع يتي » ، بلفظ التنية ، أى اليقين الكائين فى دارك . وقوله « فقال السور » فى رواية أن أبا رافع سأل السور أن يساعد على ذلك . وقوله « منجمة أو مقطعة » شك من الراوى ، والمراد مؤجلة على أقساط مطلومة (نيل الأوطار ص ٨٥ — ٨٦) .

(٢) قوله « أحق » فى شرح السنة هذه اللفظة تستعمل فيمن لا يكون غيره أحق منه ، والصريك بهذه الصفة أحق من غيره ، وليس غيره أحق منه . وقد استدلل بهذا الصائلون بثبوت الشفعة للجار ، وأجاب للمؤمنون بأنه يحول على تمهده بالاحسان والبر بسبب قرب داره ، وكذا قال الشافى (نيل الأوطار ٨٤ — ٨٥) .

(٣) قال البغوى ليس فى هذا الحديث ذكر الشفعة ، فيحتمل أن يكون المراد به الشفعة ، ويحتمل أن يكون أحق بالبر والمودة .

قوله « أحق بسقبة » يفتح السين للهبة والقاف ويمدحها بـاء موحدة ، ويجوز فتح القاف واسكانها (نيل الأوطار ص ٨٤ — ٨٥) . والسبق القرب ، والمراد منه الشفعة ، ويجوز كتابته بالسين والصاد جيما كالصراط ، يقال دار فلان يسبق دار فلان ، أى يقرب منها ، وأيات القوم متساقبة أى متقاربة . وسبقت النار وأسفت لنتان فصيحتان ، والتزل سقب ومسقب (حاشية الشافى ص ٢٣٩ — ٢٤٠) — والسبق بالسين القرب والمجاورة ، وبالصاد الأخذ والاتقاع (للبسوط ص ٩١) .

(د) وعن عطاء عن جابر قال « قال النبي صلى الله عليه وسلم الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائبا إذا كان طريقهما واحدا ^(١) » .

(هـ) وعن أبي سعيد الخدري « قال إن النبي صلى الله عليه وسلم قال الخليط المبيع ، والشفع هو الشريك في حقوق المبيع ، كالشرب والطريق . وقيل على عكس ذلك ، فقد روى بعض الرواة أن الشريك أحق من الخليط ، والخليط أحق من الشفع ، فالشريك يكون في نفس المبيع ، والخليط يكون في حقوق المبيع ، سمى خليطا لاختلاط بينهما فيما يتأتى به الانتفاع مع تميز الملك ، والشفع هو الجار . وفيه دليل أن حق الشفعة على مراتب ، وأن البعض مقدم على البعض بقوة سببه ، وهذا إنما يتأتى على مذهب من يثبت الشفعة لغير الشريك ^(٢) .

وعن شريح قال الشريك أحق من الخليط ، والخليط أحق من الجار ، والجار أحق من غيره .

(و) وعن جابر أيضا « أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من كان له جار في حائط أو شريك فلا يمه حتى يمرضه عليه » .

— وقوله « ما كان » : له معنيان ، أحدهما أن المراد من كان ، فإن ما تذكر بمعنى من ، قال الله تعالى والسما وما بناها ، فهو دليل على أن الشفعة للذكر والأنثى والمهر والملوك والصغير والكبير والمسلم والقي . والثاني أن المراد بقوله ما كان أي ما كان يحتل القصة أو لا يحتل القصة — فيكون دليلا لمن يقول بثبوت الشفعة فيها لا يحتل القصة — والبعض كالشافعي يقول بعدم ثبوت الشفعة الا فيما يحتل القصة (راجع ما سيجيء نبذة ٩ وما بعدها — المبسوط ص ٩٢ — ٩٣) .

وبظاهر هذا الحديث يستدل من أوجب الشفعة في بعض الثغولات ، كالسفن ونحوها ، وهو قول أصحاب الطواهر (المبسوط ص ٩٣) .

(١) قوله « ينتظر بها » مبنى للفعل .

وقوله « إذا كان طريقهما واحدا » فيه دليل على أن الجوار بمجرد لا تثبت به الشفعة ، بل لا بد منه من اتحاد الطريق (نيل الأوطار ص ٨٦ — ٨٧) .

(٢) المبسوط ص ٩١ — ٩٢ .

(ز) وعن هشام بن المغيرة الثقفي ، قال سمعت الشعبي يقول « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفع أولى من الجار ، والجار أولى من الجنب » .

(هـ) ان حق الأصيل ، وهو الجار ، أسبق من حق الدخيل ، وهو للشترى ، وحكمة الشفعة في الشركة متوافرة في حالة الجوار ، والضرر منه دائم متأبد ، ولا يندفع ذلك الا برضاء الجار ، ان شاء أقر الدخيل على جواره له ، وان شاء انتزع الملك بثمنه^(١) .

ولا يرد بحالة المستأجر مع المالك ، فان منفعة الاجارة لا تتأبد عادة كحالة الجوار .

١٨ — مبيع المبتلين لشفعة الجوار^(٢) :

(١) النصوص :

(أ) فمن جابر « أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة في كل ما لم يقسم ، فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة^(٣) » .

(ب) وعن جابر أيضا « أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة في كل شركة لم تقسم ، ربة أو حائط ، ولا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه ، فان

(١) المبسوط ص ٩٥ .

(٢) راجع أعلام الموقعين ٢ ص ٢٥٨ وما بعدها .

(٣) قوله « في كل ما لم يقسم » ظاهر هذا المصوم ثبوت الشفعة في جميع الأشياء وأنه لا فرق بين الحيوان والجماد والنقول وغيره . وقد ذهب الى ذلك القرة ومالك وأبو حنيفة بواسعها (راجع ما يقال خاصة بشفعة النقول) .

وقوله « فاذا وقعت الحدود » أى حصلت قسمة الحدود في المبيع ، وانضمت بالقسمة مواضعها .

وقوله « وصرفت الطرق » ، يضم الصاد وتخفيف الراء المكسورة ، وقيل بتشديدها ، أى بينت مصارفها ، وكأنه من الصرف والصرف . قال ابن مالك معناه خلعت وبانت ، وهو مشتق من الصرف بكسر الهمزة ، وهو الخالص من كل شيء ، سمى بذلك لأنه صرف عنه الخلط ، فعلى هذا صرف تخفف الراء ، وعلى الأول أى الصرف والصرف مشدد (نيل الأوطار ص ٨٠ — ٨١) .

شاء أخذ وإن شاء ترك ، فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به ^(١) .

(٢) ان الضرر اللاحق بالشركة هو ما توجه من التزام في المرافق والحقوق والتعديل والتغيير والافضاء الى التقاسم الموجب لنقص قيمة ملكه عليه . وقالوا ان حالة الشريك تقترب عن حالة الجار في مدى حقوق كل منهما ، فان للشريك على شريكه حق مطالبته بالقسمة وحق منعه من التصرف في المال المشترك ، ولذلك ثبت له حق استحقاق الملك اذا بيع لغيره . أما الجار فليس له شيء من ذلك قبل جاره . والحكمة من شفعة الشريك أيضا هي تجنب مضار القسمة التي قد تؤدي اليها مضايقة الشريك الجديد ، ولذلك منح هذا الحق للتخلص منها باتزاع المبيع على وجه لا يضر بالبائع ولا بالمشتري ، ولا تنطبق هذه

(١) قوله « في كل شركة » ، وفي رواية في كل شرك ، وهو بكسر الشين المعجمة واسكان الراء ، من أشركته في البيع اذا جعلته شركا ، ثم خفف للمصدر بكسر الأول وسكون الثاني ، يقال شرك وشركة ، كما يقال كلم وكلمة .

وقوله « ربة » بفتح الراء وسكون اللوحدة ، تأنيث ربيع ، وهو المنزل الذي يرتعون فيه في الربيع ، ثم سمي به الدار والسكن .

وقوله « لا يعمل له أن يبيع » الخ : ظاهره أنه يجب على الشريك اذا أراد البيع أن يؤذن شريكه — جاء في شرح الارشاد أن الحديث يقتضي أنه يحرم البيع قبل العرض على الشريك . وقد قال الشافعي اذا صح الحديث فاضربوا بقول عرض الماط .

وقوله « فان باعه ولم يؤذنه فهو أحق به » فيه دليل على ثبوت الشفعة للشريك الذي يؤذنه شريكه بالبيع . وأما اذا علمه الشريك بالبيع فأذن فيه فباع ، ثم أراد الشريك أن يأخذه بالشفعة ، فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة والمالكية وابن أبي ليلى والبق وجهور أهل العلم أن له أن يأخذه بالشفعة ، ولا يكون مجرد الاذن مبطلا لها . وقال الثوري والحكم وأبو حنيفة وماتة من أهل الحديث ليس له أن يأخذه بالشفعة بعد وقوع الاذن منه بالبيع . ودليل الآخرين مفهوم الشرط فانه يقتضي عدم ثبوت الشفعة مع الاذن من البائع . ودليل الأولين الأحاديث الواردة في شفعة الشريك والجار من غير تقييد ، وهي منطوقات لا يقاومها ذلك مفهوم . وأجيب بأن المفهوم المذكور صالح لتفيد تلك المطلقات عند من عمل بمفهوم الشرط من أهل العلم ، والترجيح يصار اليه عند تنازع الجمع ، وقد أمكن ههنا ، بعمل المطلق على المفيد (نيل الأوطار ص ٨٣ — ٨٤) .

الحكمة على حالة الجار ، فليس الجار حق يصلح أساسا للشفعة ، ولا تتوافر بالنسبة له الحكمة منها .

(٣) كما أن الشارع يقصد منع الضرر عن الجار فهو أيضا يقصد رفعه عن المشتري ، ولا يجب أن تكون مصلحة الأول مسوغا للاضرار بالثاني ، فإذا سمح للجار بالشفعة من المشتري لئلا يحتاج الى سكناها مع أسرته تنظر عليه الحصول على دار ما لم تكن خالية من الجوار ، وهذا في الواقع مستحيل ، بخلاف الشركة فان المشتري يمكنه أن يحصل بسهولة على دار لا شركة فيها .

يضاف الى ذلك أن الضرر الواقع على المشتري بسبب شفعة الشريك بسيط جدا بالنسبة للضرر الذي يلحق الشريك الشفيع ، لأن للمشتري لا يمكنه الانتفاع مستقلا بما اشتراه ، بينما الشريك يمكنه ذلك بضم المبيع الى ملكه .

(٤) حينئذ يتعين حمل أحاديث شفعة الجوار على مثل ما دلت عليه أحاديث شفعة الشركة ، فيكون لفظ الجار فيها مرادا به الشريك . ووجه هذا الاطلاق المعنى والاستعمال اللغوي . أما المعنى فان كل جزء من ملك الشريك مجاور لملك صاحبه ، فهما جاران حقيقة . وأما الاستعمال فانهما خليطان متجاوران ، ولذا سميت الزوجة جارة ، كما قال الأعشى :

أيا جارتي بيني فانك طالق كذاك أمور الناس غاد وطارق

والمراد زوجته ، وهي شريكته في القراش .

ورد على ذلك بأن في هذا ترك الحقيقة الى المجاز من غير دليل ، ثم الزوجة تسمى جارة لأنها مجاورة في القراش تنصرف عنه ، لا لأنها تشاركه ، وفي الأحاديث ما يدل على بطلان هذا التأويل ^(١) .

١٩ — رأى وسط — من رأى بعض الفقهاء ^(٢) أنه ان كان بين

الجارين حق مشترك من حقوق الأملاك ، من طريق أو ماء أو نحو ذلك ،

(١) البوط م ٩٠ .

(٢) راجع أعلام الموقعين م ٢٦٠ .

ثبتت الشفعة، وإن لم يكن بينهما حق مشترك البتة، بل كان كل واحد منهما متميزاً ملكه وحقوق ملكه، فلا شفعة.

فالآراء من حيث سبب الشفعة اذن ثلاثة :

- (١) رأى يثبت شفعة الجوار مع تميز الطرق والحقوق^(١).
- (٢) ورأى يسقطها مع الاشتراك في الطرق والحقوق^(٢).
- (٣) ورأى يسقط شفعة الجوار اذا صرفت الطرق، ولم يكن هناك اشتراك في حق من حقوق الأملاك، ويثبتها اذا اشترك الجاران في حق من حقوق الأملاك، كالطريق^(٣).

وحديث جابر صريح في الرأي الأخير، فانه قال الجار أحق بسقبه ينتظر به وإن كان غائباً اذا كان طريقهما واحداً، فأثبت الشفعة بالجوار مع اتحاد الطريق، ونفاها به مع اختلاف الطريق، بقوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة.

ويقول أنصار هذا الرأي الوسط ان القياس الصحيح يقتضى هذا القول، فان الاشتراك في حقوق الملك شقيق الاشتراك في الملك، والضرر الحاصل بالشركة فيها كالضرر الحاصل بالشركة في الملك أو أقرب اليه، ورفضه مصلحة للشريك من غير مضرة على البائع ولا على المشتري، فالمنع الذى وجبت لأجله شفعة الخلطة في الملك موجود في الخلطة في حقوقه، فهذا المذهب أوسط المذاهب، وأجمعها للأدلة، وأقربها الى العدل^(٤).

الشركة التى تميز الشفعة

٣٠ - **المتميز في الرأي** — قد اختلف من قالوا بوجود الشفعة في

الشركة الى رأيين :

- (١) وهذا رأى أهل الكوفة (أعلام الموقعين ص ٢٦١).
- (٢) وهذا رأى أهل المدينة (أعلام الموقعين ص ٢٦١).
- (٣) وهذا رأى أهل البصرة (أعلام الموقعين ص ٢٦١).
- (٤) أعلام الموقعين ص ٢٦٢.

(١) رأى مالك في إحدى روايته والشافعي أن كل ما لا ينقسم ، كالبر والحم والطريق ، لا شفعة فيه .

(٢) رأى أبي حنيفة ومالك في روايته الأخرى أن في ذلك الشفعة ^(١) .
وسنين حجج كل من الرأيين :

٢١ - **الرأي الأول** - لا شفعة فيما لا يحتمل القسمة : يقول هذا

الرأي بأن لا شفعة الا فيما يقبل القسمة ، لأن كل واحد من الشريكين اذا طالب شريكه بالقسمة كان عليه في ذلك من المؤنة والكلفة والغرامة والضيق في مرافق المنزل ما هو معلوم ، فانه قبل القسمة ربما ارتقق بالدار والأرض كلها وبأى موضع شاء منها ، فاذا وقعت الحدود ضاقت به الدار وقصر على موضع منها ، وفي ذلك من الضرر عليه ما لا خفاء به ، فكفه الشارع من رفع هذه الميزة عن نفسه بأن يكون أحق بالمبيع من الأجنبي الذي يريد الدخول عليه ^(٢) .

٢٢ - **الرأي الثاني** - الشفعة جائزة أيضا فيما لا يحتمل القسمة :

يقول من يأخذ بهذا الرأي ان الشفعة انما شرعت لرفع الضرر اللاحق بالشركة ، فتجوز فيما لا ينقسم ، فاذا كانا شريكين في عين من الأعيان ، بارث أو هبة أو وصية أو ابتياع أو نحو ذلك ، لم يكن رفع ضرر أحدهما بأولى من رفع ضرر الآخر ، فاذا باع نصيبه كان شريكه أحق به من الأجنبي ، اذ في ذلك ازالة ضرره مع عدم تضرر صاحبه ، فانه يصل الى حقه من الثمن ويصل هذا الى استبداده بالمبيع ، فيزول الضرر عنهما جميعا ^(٣) .

وقالوا ان الضرر بالشركة فيما لا ينقسم أبلغ من الضرر بالشركة فيما يقبل القسمة ، فاذا كان الشارع يريد ارفع الضرر الأدنى فالأعلى أولى بالرفع .

(١) الميزان للشرافي ٢ ص ٨٧ .

(٢) أعلام الموقعين ٢ ص ٢٤٨ .

(٣) راجع أعلام الموقعين ٢ ص ٢٤٩ .

وقالوا لو كانت الأحاديث مختصة بالأعيان المنقسمة فاثبات الشفعة فيها تنبيه على ثبوتها فيما لا يقبل القسمة .

رأى الامام أبى حنيفة

٢٣ — عند الامام أبى حنيفة سبب الشفعة هو كما تقدم اتصال ملك الشفيع بالعقار اتصال شركة أو اتصال جوار^(١) . فالذين لهم حق الشفعة عندهم الشركاء والجيران :

(١) الشركاء

٢٤ — الشركة في الشفعة على نوعين : شركة في نفس العقار المبيع ، وخططة أو شركة في حقوقه .

٢٥ — الشركة في نفس العقار — فالشركة في نفس العقار المبيع هي أن يكون للشفيع حصة شائعة فيه ، قليلة كانت أو كثيرة ، فان كانت حصته مفرزة عن العقار فلا يكون شريكا فيه^(٢) .

والمشارك في حائط الدار يعتبر مشاركا في نفس العقار^(٣) ، اذا كان شريكا في أرض الحائط ، أو في الأرض والبناء ، أما اذا كان شريكا في بناء الحائط دون الأرض فيعتبر جارا كما سيجيء^(٤) .

٢٦ — الشركة في حقوق العقار — الخططة أو الشركة في حقوق العقار المبيع عبارة عن الشركة في حق الشرب الخاص ، أو الطريق الخاص . ويسمى الشريك في حقوق الملك الخليط^(٥) .

(١) راجع مرشد الحيران للمادة ٩٦ .

(٢) مرشد الحيران للمادة ٩٨ — المجلة للمادة ١٠٠٨ .

(٣) مرشد الحيران للمادة ٩٨ — المجلة للمادة ١٠١٢ .

(٤) راجع بنية ٢٢ .

(٥) المجلة للمادة ٩٥٥ .

٢٧ — الطريق الخاص — اذا بيعت دار لها باب على طريق خاص كان أصحاب سائر البيوت التي تفتح أبوابها على ذلك الطريق كلهم شفعاء ، سواء أكان جوارهم ملاصقا أم لم يكن ^(١) .

ولكن اذا بيعت إحدى الدور التي لها باب على الطريق العام فليس لأصحاب الدور الأخرى التي لها أبواب على الطريق العام حق الشفعة ^(٢) . فلا شفعة بالطريق العام لصاحب الملك المقابل للعتار المبيع ، ولو تقاربت الأبواب ، وإنما تكون الشفعة للجار الملاصق ، سواء أكان باب داره في هذا الطريق أم في غيره ^(٣) .

والطريق الخاص هو الزقاق الذي لا ينفذ ^(٤) . والمراد بذلك أن يكون بحيث يمنع أهله من أن يستطرقه أحد غيرهم ، ولكن لو كان فيه مسجد فيعتبر نافذا ^(٥) .

ولو فتح أصحاب الطريق الخاص منفذا ، ووصلوه بالطريق العام ، كان لهم أن يمنعوا غيرهم من المرور فيه ^(٦) .
والطريق النافذ الذي لا يستحق به الشفعة هو ما لا يملك أهله سده ^(٧) .

٢٨ — تطبيقات :

١ — دار فيها طريق إلى الدرب ، ويخرج من باب آخر منها إلى الطريق الأعظم ، فإن كان طريقها للناس فلا شفعة لأهل الدرب ، لأن السكة نافذة

(١) المجلة المادة ١٠٠٨ — مرشد الحيران المادة ٩٦ — البدائع ص ٤ .

(٢) المجلة المادة ١٠٠٨ .

(٣) مرشد الحيران المادة ١٠٢ — الفتاوى الهندية ص ١٦٦ .

(٤) المجلة المادة ٩٥٦ .

(٥) ابن عابدين جزء ٥ ص ١٠٥ .

(٦) شرح المجلة لسم بلز على المادة ٩٥٦ من المجلة .

(٧) الفتاوى الهندية ص ١٦٦ .

وان كان طريقا لأهل الترو خاصة فهم شفاء ، لأن السكة غير نافذة ^(١) .

ب — دار بيعت ولها بابان في سكتين ، فان كانت هذه الدار منذ القديم دارين ، باب احدهما في سكة غير نافذة وباب الأخرى في السكة الأخرى مثلاً ، فاشترها رجل ورفع الحائط من بين الدارين حتى صارتا داراً واحدة ، فلاهل كل سكة أن يأخذ الجانب الذي كان بابه في تلك السكة . وان كانت هذه الدار المبعة في الأصل واحدة ولها بابان كانت الشفعة لأهل السكتين في جميع الدار بالسوية ، وانما يعتبر في هذا القديم دون الحادث ^(٢) .

٢٩ — الشرب الخاص — اذا بيعت احدى الرياض المشتركة في حق

شرب خاص يكون أصحاب الرياض الآخر كلهم شفاء ، يستوى الملاصق وغير الملاصق . وأما اذا بيعت احدى الرياض السقية من نهر ينتفع منه العموم فليس لأصحاب الرياض الآخر التي تسقى من ذلك النهر حق شفعة ^(٣) . وانما الشفعة في هذه الحالة للجار للملاصق ^(٤) .

واذا باع من له حق شرب خاص روضته فقط ولم يبيع حق شربها ، فليس للخطاء في حق شربه شفعة ^(٥) .

واختلفوا في معنى الشرب الخاص : فعند أبي حنيفة ومحمد النهر الصغير الذي لا تجرى فيه السفن . أما ان كان كبيراً بحيث تجرى فيه السفن فليس بخاص ، فاذا بيعت أرض من الأراضي التي تسقى منه لا يستحق أهل النهر الشفعة بسببه ، والجار أحق منهم ، بخلاف النهر الصغير ^(٦) . والمراد بالسفن هنا

(١) الفتاوى الهندية ص ١٦٨ .

(٢) سليم باز على المادة ١٠١٤ من المجلة — الفتاوى الهندية ص ١٦٩ .

(٣) المجلة المادة ١٠٠٨ .

(٤) الفتاوى الهندية ص ١٦٦ .

(٥) وليس الطريق الخاص على هذا . راجع المادة ١٠١٥ من المجلة .

(٦) الزيلعي ص ٢٤٠ — الفتاوى الهندية ص ١٦٦ .

الشاريات التي هي أصغر السفن ^(١) .

وقيل الشرب الخاص هو ما يتفرق ماؤه بين الشركاء ، ولا يبقى اذا انتهى الى آخر الأراضي ، ولا يكون له منفذ . والعام ما يتفرق ويبقى له منفذ ^(٢) .
وعن أبي يوسف الشرب الخاص أن يكون نهرا يسقى منه قراخان أو ثلاثة ، وما زاد على ذلك فهو عام ^(٣) . والقراح الأرض البارزة التي لم يختلط بها شيء . والماء القراح الذي لم يختلط به شيء ^(٤) .

وعامة المشايخ على أنه ما كان شركاؤه لا يحصون . واختلقوا فيما لا يحصى قدره بعضهم بخمسائة ، والبعض بمائة ، والبعض بأربعين ، وقدره آخرون بعشرة . والأصح أنه مفوض الى رأى المجتهدين في كل عصر ^(٥) .

والشريك في حق الشرب الشفعة ، ولو كانت أرض النهر لغيره ، أو كان الماء منقطعا وقت البيع . هذا على قول محمد . وعند أبي حنيفة وأبي يوسف

(١) النخيرة — الفتاوى الهندية ص ١٦٦ .

(٢) وعرف العرب الخاص في المجلة في المادة ٩٥٥ بأنه : « هو حق الصرب في الماء الجارى المختص بأشخاص معدودين . وأما أخذ الماء من الأنهر التي تنتفع بها العامة فليس من قبيل الشرب الخاص » .

وجاء في المادة ١٢٣٩ من المجلة : الأنهار المملوكة ، معنى التي دخلت في القاسم (أى في الجارى المملوكة) نوعان : الأول الأنهر التي يوزع ماؤها ويتقسم بين الشركاء ، ولكنه لا يعمى كله في أراضيهم ، بل تبقى له كل بقية تجري الى مفازة مباحة للعامة . فالأنهر من هنا القليل لكونها عامة من وجه يقال لأحدها نهر عام أيضا ، والشفعة لا تجري فيها . النوع الثانى النهر الخاص الذى يتفرق ماؤه ، ويتقسم الى أراضي عدة أشخاص ، ومتى انتهى الى آخر أراضيهم يعمى ولا ينفذ الى مفازة ، فالشفعة انما تجري في هذا النوع فقط .

(٣) الزيلعى ص ٢٤٠ .

(٤) حاشية الشلبي ص ٢٤٠ — ٢٤١ .

(٥) مجمع الأنهر جزء ٢ ص ٤٥٤ — ابن عابدين جزء ٥ ص ١٤٤ — الزيلعى ص ٢٤٠ .

لا شفعة له ، كما في العلو للنهدم^(١) . والراجع قول محمد^(٢) .

(٢) الجيران

٣٠ — الجار هو من له عقار متصل بالعقار المبيع . والملاصق من جانب واحد ، ولو بشبر ، كالملاصق من ثلاثة جوانب ، فهما سواء^(٣) .

أما لو كان عقار الجار منفصلا عن العقار المبيع انفصالا تاما ، ولو بقدر شبر أو أقل ، فلا يكون جارا مستحقا للشفعة^(٤) . وقيل إذا كان الفاصل صفيرا بحيث لا يصح أن يكون مرا ثبتت الشفعة للجوار حكما ، والا فلا شفعة . والأول هو المعتمد^(٥) . والشفعة للجار الملاصق ، أما الجار المحاذي فلا شفعة له بالجاورة ، سواء أكان أقرب بابا أم أبعد . فالمعتبر هو القرب واتصال أحد المالكين بالآخر^(٦) . وسبب عدم ثبوت الشفعة إذا كان الجار مقابلا هو أن حق الأخذ بالشفعة يكون للشفيع ليتفرق به من حيث توسع الملك والمرافق ، وهذا في الجار الملاصق يتحقق لامكان جعل احدي الدارين من مرافق الدار الأخرى ، ولا يتحقق ذلك في الجار المقابل لعدم امكان جعل احدي الدارين من مرافق الدار الأخرى لوجود طريق نافذ بينهما^(٧) .

(١) راجع نية ٣١ .

(٢) راجع شرح سليم رستم باز على المادة ١٠٠٨ من المجلة — الفتاوى الهندية ص ١٧١ .

(٣) ابن عابدين • ص ١٤٥ .

(٤) مرشد الحيران المادة ١٠٠ .

(٥) كتاب المعاملات للشفيع أبي الفتح بك ص ٦٧ .

(٦) المبسوط للرخسي ص ٩٣ — ٩٤ — ويلاحظ أن الجار المحاذي يكون له حق الشفعة بصفته شريكا اذا كان خليطا في حقوق الملك .

(٧) ولكن اذا كانت الداران في سكة غير نافذة فان الشفعة تثبت للجار المقابل بصفته شريكا في حقوق العقار كما تقدم (راجع المبسوط ص ٩٦) .

٣١ — **الجور في الراد ذات الطبقات** — اذا كان السفلى لشخص والعلو لآخر يعتبر كل منها جاراً ملاصقاً^(١). هذا اذا كان يمر كل منهما منفصلاً عن الآخر. أما اذا كان يمرهما واحداً، بأن كان طريق العلوى فى السفلى اعتبر كل منهما شريكاً للآخر فى حق المرور^(٢).

وان لم يأخذ صاحب العلو السفلى بالشفعة، حتى انهدم العلو، فعلى قول أبى يوسف بطلت الشفعة، لأن الجوار بالاتصال، وقد زال، كما لو باع التى يشفع بها قبل الأخذ. وعلى قول محمد تجب، لأنها ليست بسبب البناء، بل بالقرار، وحق القرار باق^(٣).

وان كانت ثلاثة آيات بعضها فوق بعض، وباب كل الى السكة، فيبيع الأوسط تثبت للأعلى والأسفل. وان يبيع الأسفل أو الأعلى فالأوسط أولى^(٤).

ولو كان السفلى لرجل والعلو لآخر، فبيعت دار بجنبها فالشفعة لها^(٥).

٣٢ — **صحة انصاف على حائط الجار** — من كانت أخشاب سقته ممتدة على حائط لا ملك له فيه، أو كان شريكاً فى خشبة موضوعة على حائط جاره، يعتبر جاراً ملاصقاً، لا شريكاً^(٦)، لأن الشركة المعتبرة هى الشركة فى العقار، لا فى المنقول، والخشبة منقولة، وبوضع الأخشاب على الحائط لا يصير شريكاً فى الدار.

وهو يعتبر جاراً ملاصقاً لوجود اتصال بقعة أحدهما بقعة الآخر، فيستحق

(١) مرشد الحيران للمادة ١٠١ — المجلة للمادة ١٠١١ .

(٢) راجع بنية ٢٧ .

(٣) راجع الزيلعى ٥ ص ٢٥٢ .

(٤) ابن عابدين ص ١٤٣ — سليم بإز على المادة ١٠١١ من المجلة .

(٥) الفتاوى الهندية ص ١٦٤ .

(٦) مرشد الحيران للمادة ١٠١ — المجلة للمادة ١٠١٢ — الزيلعى ص ٢٤١ .

الشفعة على أنه جار ملاصق ، ولا يترجح بذلك على غيره من الجيران ^(١) .

٣٣ — الشريك في بناء حائط — تقدم أن الشريك في حائط الدار هو في حكم المشارك في نفس الدار ^(٢) ، وذلك ان كان البناء والمحل الذى عليه البناء مشتركا ، فيقدم الشريك في الحائط على الخليلط ، وعلى الجار . والشريك في بناء الحائط دون الأرض القائم عليها يعتبر جارا ملاصقا ، لا شريكا ^(٣) .

وفى الدر المنتقى الشريك في البناء فقط لا شفعة له ، لأن الشركة في البناء المجرد بدون الأرض لا تستحق بها الشفعة ^(٤) .

٣٤ — جار الدار ذات المقاصير — اذا كان لرجل دار فيها مقاصير ، باع منها مقصورة معينة أو طائفة معلومة أو بيتا ، فليجار الدار الشفعة فيها من أية ناحية كان الجوار ، وان لم يكن جارا لتلك المقصورة ولا لتلك الطائفة ، لأن المبيع من جملة الدار والشفيع جار الدار فكان جارا للمبيع . ولو أن الشفيع سلم الشفعة ، ثم أن المشتري باع المقصورة المباعة لم تكن الشفعة الا لجار المقصورة المباعة ، لأن المبيع صار مقصودا ومفردا بالملك ، فخرج من أن يكون بعض الدار ، واذن ليس لجار الدار شفعة في المقصورة اذا لم يكن هو جارا لها ^(٥) .

٣٥ — جوار الشرب أو الطريق :

١ — اذا كان نهر لرجل خالسا ، له عليه أرض ، ولآخرين عليه أرض ولا شرب لهم فيه ، فباع رب الأرض النهر خاصة ، فهم شركاء في الشفعة فيه

(١) الزيلعي ص ٢٤١ .

(٢) المجلة للامدة ١٠١٢ — راجع ما تقدم تبينه ٢٥ .

(٣) الزيلعي ص ٢٤١ .

(٤) سليم بلز على اللامدة ١٠١٢ من المجلة .

(٥) سليم بلز على اللامدة ١٠١٢ من المجلة — الفتاوى الهندية ص ١٦٧ .

لاتصال ملكهم بالمبيع ، وان باع الأرض خاصة دون النهر ، فالملازق للأرض أولام بالشفعة ، وان باع الأرض والنهر جميعا كانوا جميعا شفعا في النهر لاتصال ملك كل واحد منهم بالنهر ، وكان الذى هو ملاصق الأرض أولام بالشفعة في الأرض لاتصال ملكه بالأرض ، بمنزلة طريق في دار لرجل ، فباع الطريق ، والطريق خالص له ، فجار الطريق أولى به من جار الأرض ، ولو كان شريكا في الطريق أخذ شفعة من الدار ، لأن الشريك مقدم على الجار . وكذلك ان كان شريكا في النهر أخذ بحصته من الأرض ، وكان أحق بها جميعا من جيران الأرض . والطريق والنهر سواء في كل شيء ^(١) .

ب — اذا اشترى الرجل نهرا بأصله ، ولرجل أرض في أعلاه الى جنبه ، ولرجل آخر أرض في أسفله الى جنبه ، فلهما جميعا الشفعة في جميع النهر من أعلاه الى أسفله ، وكذا في القناة والمين والبئر ، فهي من العقارات يستحق فيها الشفعة بالجوار . وكذلك القناة يكون مفتحا في أرض ويظهر ماؤها في أرض أخرى فجيرانها من مفتحا الى مصبها شركاء في الشفعة ^(٢) .

٣٦ — **نزاحم الجار مع الشريك** — الشريك مقدم عن الجار في الشفعة كما سيأتى ^(٣) .

نزاحم الشفعا

٣٧ — **القاعدة** — بمقتضى أحكام الشريعة الاسلامية اذا اجتمعت أسباب الشفعة يقدم الأقوى فالأقوى ، فيقدم الشريك في نفس العقار ، ثم الشريك في أرض الحائط المشترك ، ثم الخليط أى الشريك في حقوق المبيع

(١) الفتاوى الهندية ص ١٧١ .

(٢) الفتاوى الهندية ص ١٧١ .

(٣) راجع بنية ٤٨ وما بعدها .

الخاصة ، ثم الجار الملاصق ^(١) ، وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم « الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من الشفيع » ، والمراد بالشريك هو الشخص الذى له شركة فى نفس المبيع ، وبالخليط الشريك فى حقوق المبيع الخاصة ، وبالشفيع الجار الملاصق ^(٢) .

وما دام الأول حسب الترتيب المتقدم طالبا فليس للآخرين حق شفعة ، وما دام الثانى طالبا فليس للذى بعده حق شفعة ، وهكذا ^(٣) .

وإذا سلم الشفعة أو سقط حقه فيها تنتقل الشفعة الى من يليه فى الرتبة ^(٤) . وإذا اجتمع خليطان يقدم الأخص ثم الأعم ^(٥) .

وقد قدم الشريك فى الملك لأن سبب الاستحقاق القرب والاتصال ، وذلك فى حقه أقوى لوجود الاتصال بكل جزء من المبيع بجزء من ملكه ، ثم بعده الشريك فى حقوق الملك لزيادة الاتصال فى حقه على الجار ، وقوة السبب توجب الترجيح ^(٦) .

٣٨ - رأى لأبى يوسف - قد روى عن أبى يوسف أنه مع وجود

الشريك لا شفعة لأحد ، سواء سلم أو استوفى ، لأنهم مجبون ، لحق الشريك ، وقد ثبت حقه سواء استوفى أو سلم . ولكن فى ظاهر الرواية الشريك مقدم وقد ثبت حق الجار مع الشريك لتقرير السبب فى حقه ، إلا أن حق الشريك كان مقدما ، فإذا سلم كان للجار أن يستوفى ^(٧) .

(١) مرشد الحيران للمادة ١٠٣ .

(٢) راجع ما تقدم تبينه ١٧ ص ٣٤ .

(٣) المجلد للمادة ١٠٠٩ - الفتاوى الهندية ص ١٦٦ .

(٤) مرشد الحيران للمادة ١٠٣ .

(٥) الفتاوى الهندية ص ١٦٦ - راجع ما سيجىء تبينه ٤٩ .

(٦) للبوط للبرخسى ص ٩٦ .

(٧) المبوط ص ٩٦ - الزيلعى ص ٢٤٠ .

٣٩ - تطبيقات :

ا - دار بين شريكين في سكة غير نافذة ، طريقها من هذه السكة ، باع أحد الشريكين نصيبه من الدار ، فالشفعة أولا للشريك في الدار ، فان سلم فالشريك في الحائط المشترك الذي يكون بين الدارين ، فان سلم فلاهل السكة ، الكل في ذلك على السواء ، فان سلموا فالجار الذي يكون ظهر هذه الدار الى داره وباب تلك الدار في سكة أخرى^(١) .

ب - بيت في دار في سكة غير نافذة ، والبيت لاثنتين ، والدار لقوم ، باع أحد الشريكين نصيبه من البيت ، فالشفعة أولا للشريك في البيت ، فاذا سلم فالشريك الدار^(٢) ، فان سلم فلاهل السكة ، الكل في ذلك على السواء ، فان سلموا فالجار الملاصق^(٣) .

ج - دار بين قوم ، فيها منازل ، لهم فيها شركة بين بعضهم ، وفيها ما هي مفردة لبعضهم ، وساحة الدار موضوعة بينهم يتطرقون من منازلهم فيها ، وباب الدار التي فيها المنازل في زقاق غير نافذ ، فباع بعض الشركاء في المنزل نصيبه من شريكه أو من رجل أجنبي بحقوقه من الطرق في الساحة وغيرها . فالشريك في المنزل أحق بالشفعة من الشريك في الساحة ، ومن الشريك في الزقاق الذي فيه باب الدار . فان سلم الشريك في المنزل الشفعة فان الشريك في الساحة أحق بالشفعة . وان سلم الشريك في الساحة فالشريك في الزقاق الذي لا منفذ له الذي يشرع فيه باب الدار أحق بعده بالشفعة من الجار الملاصق . وجميع أهل الزقاق الذين طريقهم فيه شركاء في الشفعة ، من كان في أدناه وأقصاه في ذلك سواء . فان سلم الشركاء في الزقاق فالجار الملاصق بمن لا طريق

(١) الفتاوى الهندية ص ١٦٦ .

(٢) في شرح أدب القاضي للخصاف في باب الشفعة : فان كان لهذه الدار التي هذا البيت هو فيها جيران ملازقون فالتى هو ملازق هذا البيت المبيع والتي هو ملازق لأقصى الدار لا لهذا البيت في الشفعة على السواء (الفتاوى الهندية ص ١٦٦) .

(٣) البسوط ص ٩٦ - الفتاوى الهندية ص ١٦٦ .

له في الزقاق بعد هؤلاء أحق ، وليس لغير الملاصق من الجيران شفعة من لا طريق له في الزقاق ^(١) .

٤٠ — في الدرر ذات الطبقات :

١ — سفل بين رجلين ، ولأحدهما عليه علو منزل بينه وبين آخر ، فباع الذي له نصيب في السفل والعلو نصيبه ، فلشريكه في السفل الشفعة في السفل ، ولشريكه في العلو الشفعة في العلو . ولا شفعة لشريكه في السفل في العلو ، ولا لشريكه في العلو في السفل ، لأن شريكه في السفل جار للعلو ، وشريك في حقوق العلو ان كان طريق العلو فيه ، وشريكه في العلو جار للسفل أو شريك في الحقوق اذا كان طريق العلو في تلك الدار ، فكان الشريك في عين البقعة أولى ^(٢) .

ب — لو كان لرجل علو على داره ، وطريقه فيها ، وبقية الدار لآخر ، فباع صاحب العلو العلو بطريقه ، ففي الاستحسان تجب الشفعة لصاحب السفل ^(٣) .

ج — ولو كان طريق هذا العلو في دار رجل آخر ، فبيع العلو ، فصاحب الدار التي فيها الطريق أولى بشفعة العلو من صاحب الدار التي عليها العلو ، فان سلم صاحب الطريق الشفعة فان لم يكن للعلو جار ملازق ، أخذه صاحب الدار التي عليها العلو بالجوار . وان كان للعلو جار ملازق أخذه بالشفعة مع صاحب السفل ، لأنهما جاران . وان لم يكن جار العلو ملازقا ، وبين العلو وبين مسكنه طائفة من الدار فلا شفعة له .

ولو باع صاحب السفل السفل كان صاحب العلو شفيما . ولو بيعت الدار التي فيها طريق العلو فصاحب العلو أحق بشفعة الدار من الجار ^(٤) .

(١) وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وزفر ومحمد بن الحسن والحسن بن زياد (من مختصر الشيخ أبي الحسن الكرخي : في حاشية الشلبي ص ٢٤٠) .

(٢) الفتاوى الهندية ص ١٦٧ — الزيلعي ص ٢٤١ — حاشية الشلبي ص ٢٤٠ .

(٣) الفتاوى الهندية ص ١٦٧ .

(٤) الفتاوى الهندية ص ١٦٧ .

د — اذا اشترى بيتا من دار ، علوه لآخر ، وطريق البيت الذى اشترى في دار أخرى ، فانما الشفعة للذى في داره الطريق ، فان سلم صاحب الدار فيخند لصاحب العلو الشفعة بالجوار^(١) .

٤١ — في الحائط — الشريك في الملك مقدم على الشريك في الحائط ، والشريك في الحائط مقدم على الخليلط وعلى الجار كما تقدم :

ا — دار بين رجلين ، لأحدهما حائط في الدارين وبين رجل ، يعنى بأرضه ، فباع الذى له شرك في الحائط نصيبه من الدار والحائط ، فالشريك في الدار أحق بشفعة الدار ، ولا شفعة للشريك في الحائط في الدار ، وله الشفعة في الحائط وأرضه^(٢) .

ب — بنى الشريكان في المشترك ، ثم اقتسما الأرض غير موضع البناء ، فبقى البناء وموضعه على الشركة ، الشريك أولى من الجار ، لأنه شريك في بعض المبيع : أما في موضع البناء فظاهر لكونه شريكا فيه ، وأما في الباقي فكذلك عند أبى حنيفة ومحمد واحدى الروائين عن أبى يوسف ، لأن الضرر أخص به حيث كان شريكا في البعض ، فيقدم على الجار ، وفي رواية أخرى عنه هو والجار سواء في غير موضع الجدار ، لأن استحقاق الشفعة في غير موضع الجدار بالجوار ، وغيره من الجيران يساوونه فيه . وعلى هذا لو كان بعض الجيران شريكا في منزل من الدار أو بيت منها ، فبعت الدار ، كان هو أحق بالمنزل لما ذكر ، واستوتوا في البقية في رواية ، لأن كلهم جيران في حق البقية^(٣) . وأصح الروايات عن أبى يوسف أن الشريك في الحائط أو في البناء أولى ببقية الدار من الجار .

٤٢ — في البئر — لو كانت دار بين رجلين ، ولأحدهما فيها

(١) كفا في المبسوط في باب الشفعة بالمروض — الفتاوى الهندية ص ١٦٦ .

(٢) من مختصر أبى الحسن الكرخى مقولة في حاشية التلخيص ص ٢٤٠ .

(٣) الزيلعي ص ٢٤١ — الفتاوى الهندية ص ١٦٦ .

بئر مشتركة بينه وبين آخر غير شريكه في الدار ، فباعها ، كان الشريك في الدار أولى بشفعة الدار لأنه شريك فيها ، والآخر جار ، والشريك في البئر أولى بالبئر لأنه شريك فيها والآخر جار ^(١) .

٤٣ - تزاهم الشريك في الملك والشريك في الطريق :

دار بين رجلين ، ولرجل فيها طريق ، فباع أحدهما نصيبه من الدار ، فشريكه في الدار أحق بالشفعة في ذلك ، ولا شفعة لصاحب الطريق ^(٢) .

٤٤ - تزاهم الشريك في الملك والجار :

دار لرجل فيها بيت بينه وبين غيره ، فباع الرجل الدار ، فطلب الجار الشفعة ، وطلبها الشريك في البيت ، فصاحب الشركة في البيت أولى بالبيت ، وبقية الدار بينهما نصقان ^(٣)

٤٥ - تزاهم الشريك في الطريق والجار :

(١) دار فيها ثلاثة بيوت ، بيت في أول الدار ، ثم البيت الثاني بجانب هذا البيت ، ثم البيت الثالث بجانب الثاني ، كل بيت لرجل واحد ، فباع واحد منهم بيته . ان كان طريق البيوت في الدار كانت الشفعة للباقيين بحكم الشركة في الطريق . وان كانت أبواب البيوت في سكة نافذة ، لا في الدار ، فان بيع البيت الأوسط فالشفعة لصاحب الأعلى والأسفل ، وان بيع البيت الأعلى كانت الشفعة لصاحب الأوسط ، وان بيع الأسفل كانت الشفعة لصاحب الأوسط أيضا ^(٤) .

(ب) ثلاثة بيوت في دار ، كل واحد فوق الآخر ، وكل واحد لانسان ،

(١) الزيلعي ص ٢٤١ — حاشية الشلبي ص ٢٤٠ .

(٢) مختصر الشيخ أبي الحسن الكرخي عن أبي يوسف مقولة في حاشية الشلبي ص ٢٤٠ .

(٣) هكنا في البدائع ص ١٠ — الفتاوى الهندية ص ١٦٨ .

(٤) الفتاوى الهندية ص ١٦٧ .

فباع واحد منهم بيته ، فان كان طريق الكل فى الدار فلاباقين أن يشتري فى الشفعة . وان كانت أبواب البيوت فى السكة ، فان باع الأوسط فلأعلى والأسفل أن يأخذوا الشفعة ، وان باع الأعلى فالأوسط أولى . وان باع الأسفل فالأوسط أيضا أولى ^(١) .

(ج) دار فيها ثلاثة أيات ، ولها ساحة ، والساحة بين ثلاثة قر ، والبيوت بين اثنين منهم ، فباع أحد مالكي البيوت نصيبه من البيوت والساحة من شريكه فى البيوت والساحة ، فلا شفعة لشريكها فى الساحة ^(٢) .

(د) درب غير نافذ فيه دور لقوم ، باع رجل من أبواب تلك الدور بيتا شارعا فى السكة العظمى ، ولم يبع طريقه فى الدرب ، على أن يفتح مشترى البيت بابا الى الطريق الأعظم ، فلا صحاب الدرب الشفعة لشركتهم فى الطريق وقت البيع ، فان سلموها ثم باع المشتري البيت بعد ذلك ، فلا شفعة لأهل الدرب لانعدام شركتهم فى الطريق وقت البيع الثانى ، فتكون الشفعة للجار الملازق ، وهو صاحب الدار . وكذلك اذا باع قطعة من الدار بغير طريق فى الدرب ^(٣) .

(هـ) فناء منفرج عن الطريق الأعظم ، أو زقاق أو درب غير نافذ فيه دور ، فبيعت دار منها ، فأصحاب الدور شفعا جميعا ، لأنهم شركاء فى الفناء والطريق ، فان سلم هؤلاء الشفعة فالشفعة للجار الملاصق ^(٤) .

(١) مكنا فى خزانة الفتن — الفتاوى الهندية ص ١٦٨ .

(٢) كذا فى النخبة — الفتاوى الهندية ص ١٦٨ .

(٣) كذا فى النخبة — الفتاوى الهندية ص ١٦٨ .

(٤) المبسوط ص ٩٦ — ٩٧ .

والدار ما أدير عليه الحائط ، والفناء اسم لصحن وراء ذلك يكون ممدا لوقوف الدواب وكسر الحطب وغير ذلك ، فان كان ذلك فى سكة غير نافذة فهو حق أصحاب السكة بمنزلة الطريق الخاصة لهم أو ملك مشترك بينهم ، وفى هذه الحركة الجار الملاصق وللجار سواء (المبسوط ص ٩٧) .

٤٦ — التزامهم بين صاحب الشرب الخاص والجار :

(١) نهر كبير كدجلة ، يجري لقوم منه نهر صغير ، فصار تشرب أراضيهم من هذا النهر الصغير ، فباع رجل من أهل هذا النهر الصغير أرضه بشربها ، كان للذين شربهم من هذا النهر الصغير أن يأخذوا تلك الأرض بالشفعة ، أقصام وأدنام فيها سواء ، فإن كانت مع الأرض التي يمت قطعة أخرى لزيعة بهذه الأرض اللبقة ، وشرب هذه القطعة من النهر الكبير ، فلا شفعة لصاحب القطعة مع الذين شربهم من النهر الصغير ^(١) .

(ب) في المتقى عن محمد : نهر بين قوم ، ولم عليه أرضون وبساتين شربها من ذلك النهر ، وم شركاء فيه ، فلم الشفعة فيما بيع من هذه الأراضي والبساتين . فان اتخذوا من تلك الأرضين والبساتين دورا ، واستغنوا عن ذلك الماء ، فانه لا شفعة بينهم الا بالجوار بمنزلة دور الأمصار . وان بقى من هذه الأرضين ما يزرع وبقى من هذه البساتين ما يحتاج الى السقي فهم شركاء في الشرب على حالهم وشركاء في الشفعة ^(٢) .

٤٧ — المشتري أحد الشفعاء — لو كان المشتري أحد الشفعاء ، وطلب معهم ، فيحسب واحدا منهم ، ويقسم المبيع بينهم ^(٣) .

٤٨ — القسمة بين الشفعاء عند تعددهم اذا تساوا — استحقاق الشفعة للشفعاء يكون بقدر رؤوسهم ، لا بقدر أملاكهم ، فاذا باع أحد الشركاء مثلا حصته ، وكان للمشتري أحد الشركاء ، يحسب واحدا منهم في الشفعة ،

(١) الفتاوى الهندية ص ١٧٠ .

(٢) الفتاوى الهندية ص ١٧١ .

(٣) رد المحتار — سليم باز على المدة ١٠١٣ .

ولو أن رجلا اشترى دارا في سكة غير نافقة ، ثم اشترى دارا أخرى في تلك السكة ، كان لأهل السكة أن يأخذوا الأول بالشفعة ، لأن المشتري لم يكن شفعيا وقت المراء الأول ، ثم صار هو شفعيا مع أهل السكة في المراء الثانية (كذا في الظهيرة — الفتاوى الهندية ص ١٧٠) .

وتقسم الحصة المبيعة بينهم ، لا فرق بين صاحب الجزء الكثير والجزء القليل ^(١) .
مثلا لو كانت دار بين ثلاثة قر ، لأحدم نصفها ، ولآخر ثلثها ، ولآخر
سدسها ، وباع صاحب النصف حصته لآخر ، وطالب الآخران بالشفعة ، يقسم
النصف بينهما بالمناصفة ، وليس لصاحب الثلث أن يأخذ بموجب حصته حصة
زائدة على الآخر ^(٢) .

هذا عند الامام الأعظم .

أما عند الشافعي ومالك فيقضى بقدر الأملأ أو الأنصاء ، لا بقدر
الرؤوس .

فلو كانت الدار بين ثلاثة ، لأحدم نصفها ، ولآخر ثلثها ، ولآخر سدسها ،
فباع صاحب النصف نصيبه ، كانت الشفعة بين الباقيين نصفين ، عند الامام
الأعظم على عدد الرؤوس ، وعند الشافعي ومالك أثلاثا ، ثلثاه لصاحب الثلث ،
وثلثه لصاحب السدس على قدر الشركة ^(٣) .

وان باع صاحب السدس ملكه وطلب الآخران الشفعة ، قضى بينهما أخماسا
عند الشافعي . وان باع صاحب الثلث نصيبه قضى به بين الآخرين أرباعا عنده
بقدر ملكيهما . وعند أبي حنيفة يقضى به نصفين ^(٤) .

وحجة الشافعي ومالك في ذلك أن الشفعة من مرافق الملك ، فتكون على
قدر الملك .

أما الامام أبو حنيفة فيقول ان علة الاستحقاق اتصال الملك لا قدره ،
والترجيح لقوة العلة لا للكثرة ^(٥) ، وقوله صلى الله عليه وسلم « الشفعة على

(١) مرشد الحيران للمادة ١٠٤ .

(٢) المجلة للمادة ١٠١٣ .

(٣) البدائع ٥ ص .

(٤) البسوط ٩٧ .

(٥) مجمع الأشهر ٢ ص ٤٥٥ — الزيلعي ٥ ص ٢٤١ .

رءوس الرجال » . ويان ذلك أن سبب استحقاق الشفعة اما الجوار أو الشركة ، وقد استويا في أصل ذلك ، فان صاحب القليل شريك كصاحب الكثير ، أو جار لاتصال ملكه بالمبيع كصاحب الكثير ^(١) . ولهذا لو افرد واحد أخذ الكل ، والاستواء في العلة يوجب الاستواء في الحكم ، ولا ترجيح بكثرة العلل ، بل بقوة فيها ، ألا ترى أن أحد الحصين اذا أقام شاهدين والآخر أربعة فهما سواء ^(٢) .

٤٩ — **تقديم الأخص على الأعم** — اذا اجتمع صنفان من الخلطاء يقدم الأخص على الأعم ^(٣) .

مثلا لو بيعت احدى الرياض التي لها شرب في الخرق الذي أحدث من النهر الصغير مع شربها ، يقدم ويرجح الذين لهم حق الشرب في ذلك الخرق . وأما لو بيعت احدى الرياض التي لها حق شرب في ذلك النهر مع شربها ، فالشفعة تم من له حق شرب في النهر ومن له حق شرب في خرقة ، لاستوائهم في الشرب ^(٤) .

ولو انشعبت من سكة غير نافذة سكة أخرى غير نافذة ، فبيعت دار في هذه السكة الأخيرة ، فالشفعة لأهل هذه السكة المتشعبة خاصة ، لأن خلطة أهل هذه السكة أخص من خلطة أهل السكة العليا للشعب منها ، وان بيعت دار في السكة العليا فالشفعة تم من له حق المرور في السكة العليا للشعب منها والسكة السفلى المتشعبة ، لأن خلطتهم في السكة العليا سواء ^(٥) .

٥٠ — **تقديم حق الشرب على حق الطريق** — حق الشرب مقدم على حق الطريق . بناء عليه لو بيعت روضة لها خليط في حق الشرب الخاص ،

(١) المبسوط ص ٩٧ .

(٢) الزيلعي ص ٢٤١ .

(٣) الفتاوى الهندية ص ١٦٦ — المجلة المائة ١٠١٤ .

(٤) الفتاوى الهندية ص ١٦٦ .

(٥) الفتاوى الهندية ص ١٦٦ — الزيلعي ص ٢٤٠ .

وخليط في طريقها الخالص ، يقدم ويرجع صاحب حق الشرب على صاحب حق الطريق ^(١) .

٥١ — من المسيل وتقرير من الطريق عليه — اذا كان لرجل مسيل ماء في دار ، وبيعت الدار ، كان لصاحب المسيل الشفعة بالجوار ، لا بالشركة . وليس للمسيل كالشرب ^(٢) .

وصاحب الطريق أولى بالشفعة من صاحب مسيل الماء اذا لم يكن موضع المسيل ملكا له . وصورة هذا اذا بيعت دار ، ولرجل فيها طريق ، وللآخر فيها مسيل الماء ، فصاحب الطريق أولى بالشفعة من صاحب مسيل الماء ^(٣) .

٢ — نصوص المجموعة المدنية

٥٢ — الشفعة بموتة أنواع — على حسب نصوص المجموعة المدنية كان الشفعة ثلاثة أنواع :

(أ) معير الأرض الذي يأذن المستعير بالبناء .

(ب) الشريك في العقار غير المقسوم .

(ج) الجار .

والأول مقدم على الثاني ، والثاني مقدم على الثالث .

٥٣ — (أ) معير الأرض — كانت المادة ٩٣/٦٨ تقرر أن : « لمن أعار أرضه انسانا ، وأذن له بالبناء أو الفرس فيها ، حق الشفعة فيها اذا دفع الثمن المطلوب البيع به ، ولو قبل انقضاء مدة العارية » .

مثال ذلك : يملك أحمد قطعة أرض ، فأعارها حسنا ، وأذن له بان يبنى

(١) المجلة للمادة ١٠١٦ .

(٢) كذا في الترتيبات الفتاوى الهندية ١٧٠ .

(٣) الفتاوى الهندية ص ١٦٧ — سليم بلز على المادة ١٠١٦ من المجلة .

عليها ، فأنشأ حسن بناء ، ثم باعه عليا ، فكان لأحمد ، بمقتضى المادة ٩٣/٦٨ ، الحق في الأخذ بالشفعة .

ومما يلتفت النظر أن حكم المادة ٩٣/٦٨ للذكورة غير منصوص عليه عند علماء الحنفية ، وإنما يقرره علماء المالكية . ولذلك تساءل بعض الشراح عن سبب وجود هذا الحكم في القانون المصرى ، حالة كون المذهب الحنفى هو المعمول به فى مصر ، وفسروا ذلك بأن المادة ٦٨ أهلى مأخوذة من المادة ٩٣ مختلط ، ولا بد أن يكون الشارع المختلط استمد حكمها من المؤلفات الفرنسية التى تتكلم فى المذهب المالكي ، وهو المعمول به فى الجزائر^(١) .

ولم يأت قانون الشفعة الجديد بحكم هذه المادة كما سيجىء .

٥٤ - (ب) الشريك فى العقار غير المقسوم - كانت المادة ٩٤/٦٩ تنص بأن « للشريك فى عقار غير مقسوم الحق فى أن يأخذ بالشفعة الحصة التى باعها أحد شركائه اذا دفع له الثمن والمصاريف القانونية ، وحقه فى ذلك مقدم على غيره ، ما عدا الشفيع المبين فى المادة السابقة » (أى فى المادة ٩٣/٦٨ المتقدم ذكرها) .

وزادت المادة ٩٥ مدنى مختلط أن « له (أى الشريك فى عقار غير مقسوم) الأخذ بالشفعة ممن اشترى وصار شريكا مثله ، وعليه أن يشارك فيما أخذه بالشفعة جميع شركائه اذا طلبوا ذلك » .

٥٥ - (ج) الجار - كانت المادة ٩٩/٦٣ تنص على أن « للجار ، بعد الشفيعين السابقين ، حق الشفعة اذا دفع الثمن والمصاريف القانونية » .

(١) راجع هاتون جزء أول ص ١٦٩ .

وقد جاء فى شرحى الخطاب والرواق (ص ٣١٨ - ٣١٩) أنه اذا بنى رجلان فى عرصة رجل بأذنه ، ثم باع أحدهما حصته من القضى (أى مقلوبا) ، فرب الأرض أخذ ذلك القضى بالأقل من قيمته (أى مقلوبا) أو من الثمن الذى باعه به ، فإن أبى فلشريك الشفعة بالضرر . وهذا فى البارية ، المطلقة ، وأما الصيغة بمدة فقال ابن رشد اذا باع قبل اهضائها على البقاء فللشريك الشفعة ولا كلام كزب الأرض ، وإن باعه على القضى قدم رب الأرض .

وقد عرفت محكمة الاسكندرية في حكمها الاستثنائي الصادر في ٢٩ ابريل سنة ١٨٩٧^(١)، الجار الذي أعطته المادة ٧٣ حق الشفعة ، بأنه هو الذي لايفصل عقاره عن العقار المشفوع فيه ملك لأجنبي أو طريق أو مجرى مياه عموميان^(٢).

٣ — قانون الشفعة

٥٦ — تقدم أن الشفعة في الشريعة عند الامام أبي حنيفة للشريك في نفس العقار المبيع ، ثم للشريك في أرض الحائط المشترك ، ثم للخليط في حقوق العقار المبيع ، ثم للجار الملاصق .

وتقدم أيضا أن الشفعة بمقتضى النصوص الملقاة ، الخاصة بحق الشفعة ، في المجموعة المدنية : لمعير الأرض الذي يأذن المستعير بالبناء ، ثم للشريك في العقار غير المقسوم ، ثم للجار .

ولم يأت قانون الشفعة الجديد بحكم الشريعة الخاص بالشركة في الحائط ، ولا بحكمها الخاص بالشركة في حقوق المبيع ، وهي كما تقدم عبارة عن الاشتراك في حق الارتفاق الخاص بالطريق أو الشرب .

كذلك لم يأت قانون الشفعة بما قرره المجموعة المدنية من تحويل حق الشفعة لمعير الأرض الذي يأذن المستعير بالبناء .

انما أعطى القانون الجديد حق الشفعة في المادة الأولى منه للشريك في الملك المشاع وللجار المالك ، وشبه في المادة ٢ صاحب حق الانتفاع بالشريك في

(١) القضا ٤ ص ٣٥٧ .

(٢) وقررت المحكمة المذكورة أنه ينتج من ذلك أنه اذا بيعت دار في طريق خاص ، لجميع أهل هذا الطريق ممن لهم مرور على الدار أو جزء منها يدون شفاها فيها ، يستوى في ذلك الملاصق والقبائل ، لأن للجميع في الحقيقة ملكا ملاصقا لها ، وهو الطريق المتصل بدورهم — راجع نصرة ص ٥٥ وما بعدها و٧٣ وما بعدها .

وهنا الحكم محل نظر ، لأن المحكمة طبقت فيه أحكام الصيغة الاسلامية الخاصة بالشركة في حقوق العقار .

الملك المشاع ، وقال ان له طلب الشفعة اذا لم يطلبها مالك الرقة .
وفي المادة ٧ التي تكلمت في أحوال التزاحم ذكر أيضا مالك الرقة
بين الشفعاء .

٥٧ — أنواع الشفعاء — فالشفعاء اذن بمقتضى قانون الشفعة أربعة
أنواع ، وهم :

- (١) مالك الرقة .
 - (ب) الشريك الذى له حصة مشاعة .
 - (ج) صاحب حق الانتفاع .
 - (د) الجار المالك .
- وقد ذكروا في المادة الأولى والثانية والسابعة من قانون الشفعة .
وذكرت في المادة ٧ مرتبة كل واحد من هؤلاء الشفعاء .
وستتكم في حكم كل منهم على حدة ، وتتبع ذلك بالكلم في حالة اجتماعهم
وتزاحمهم على الأخذ بالشفعة .

١ — مالك الرقة

Nu-Propriétaire

٥٨ — ذكر مالك الرقة في الفقرة الثانية من المادة ٢ التي جاء فيها :

“Il (celui qui a un droit
d'usufruit) peut exercer le
droit de préemption, si le
propriétaire ne l'exerce pas
lui même”.

» وله (أى لصاحب حق
الانتفاع) طلب الشفعة اذا لم يطلبها
مالك الرقة نفسه .

وهو مذكور أيضا في المادة ٧ التي جاء فيها أنه في حالة تمدد الشفعاء يكون
مالك الرقة هو المقدم على من سواه .

فمالك الرقة هو الذى يكون له حق الأخذ بالشفعة ، مقدما على من عداه .
وقد أعطى القانون حق الشفعة لمالك الرقة ، مع أن حق الشفعة ، بمقتضى
أحكام الشريعة الاسلامية ، لا يوجد الا في حالة بيع عقار مady .

ولا يمكن أن يتصور أن للمالك الرقبة الحق في أن يشفع في عقار مادي إلا في الحالتين الآتيتين :

١ — في حالة ما يكون شريكا على الشيوع في ملك الرقبة ، ولكنه في هذه الحالة يكون له حق الشفعة باعتباره شريكا في الملك .

٢ — في حالة بيع أرض مجاورة للأرض التي له فيها ملك الرقبة ، ولكنه في هذه الحالة يشفع باعتباره جارا .

والظاهر أنه ، خلافا لأحكام الشريعة الإسلامية ، ليس الأمر هنا متعلقا ببيع عقار مادي ، وإنما ببيع حق عيني ، وهو حق الانتفاع^(١) .

٥٩ — لا شفعة للمالك الرقبة عند بيع من الانتفاع — يلاحظ أن مالك الرقبة لا يكون له الحق في الشفعة إلا في حالة بيع حق المنفعة من صاحبه . ولكن القاعدة العامة في الشفعة ، كما تقدم ، هي أنها لا تكون إلا في العقارات المادية ، فلا تكون في العقارات المعنوية ، أى في حالة بيع الحقوق المقررة على العقارات ، وعلى ذلك يكون تحويل مالك الرقبة حق الشفعة في حالة بيع حق الانتفاع استثناء من القاعدة العامة . وقد جاء القانون بهذا الاستثناء ليتمكن مالك الرقبة من التخلص من حق المنفعة الذي يكون للغير على عقاره ، كي يعود إليه الملك تاما^(٢) . وبما أن هذا استثناء من القاعدة العامة فيجب عدم التوسع فيه ، فلا يمنع هذا الحق ، في حالة بيع حق المنفعة ، إلا لمالك الرقبة دون غيره ، فلا يعطى مثلاً للشركاء في حق الانتفاع^(٣) .

(١) قارن هالتون ص ١٦٨ و ١٧٠ .

(٢) راجع فتوى زغلول باشا ص ٨٤ — دى هلتس نبذة ٤٣ .

(٣) دى هلتس نبذة ٤٣ — استئناف مخطط ٤ يناير ١٩٠٦ (١٨ ص ٨٧) — فتوى زغلول باشا ص ٨٤ — ويقول فتوى باشا قد يكون هذا المنع ضارا كبيرا بالشركاء في حق الانتفاع إلا أن لهم مندوحة عنه باستعمال حق الاسترداد المقرر في المادة ٤٦٢ من القانون — راجع ما سيبيء نبذة ٧٤ .

عكس ذلك : فورجير ص ٣٠٧ — عبد السلام ذمعي بك الأموال نبذة ٤٨٧ ص ٦٧٩ .

٦٠ - تعدد مالكي الرقبة - وإذا تعدد مالكو الرقبة يكون استحقاق كل منهم للشفعة بقدر نصيبه (المادة ٧) .

ب - الشريك الذي له حصة مشاعة

Copropriétaire Indivis

٦١ - الشريك - يلى مالك الرقبة فى الرتبة الشريك الذى له حصة شائعة فى العقار المبيع . وقد ذكر فى المادة الأولى والمادة السابعة من قانون الشفعة .

وتأتى الشركة اما من طريق الارث أو من طريق الاتفاق .
ويكون لكل من الشركاء الحق فى أخذ الحصة - الشائعة المبيعة - بالشفعة ، سواء أ كان البيع لشريك أم لأجنبي ^(١) .

٦٢ - بيع حصة مفروزة - اذا باع أحد الشركاء ، قبل حصول القسمة ، حصة مفروزة فى الملك المشترك ، فان صحة البيع تكون معلقة على نتيجة القسمة . وبما أن للقسمة أثرا رجعيا فانه يمكن استعمال حق الشفعة ممن يملكه ، وانما يكون نفاذا معلقا ، كالبيع نفسه ، على نتيجة القسمة ، لمعرفة ما اذا كان الجزء المبيع يأتى فى نصيب البائع أم لا .
وقد أخذت بذلك بعض المحاكم ، خصوصا الأهلية :

قد قررت محكمة النصورة الجزئية ^(٢) أن البيع على التحديد ممن يملكون على الشيوع غير باطل أصلا ، ولكنه قابل للبطلان ، فلا تتمتع الشفعة فيه ، لأن البيوع الفاسدة ، أى القابلة للبطلان ، والبيوع الموقوفة على شرط ، تعتبر

(١) دى هلتس بئذ ٤٦ و ٥٠ - استئناف أعلى ٢٩ مايو ١٨٩٣ الحقوق ٩ ص ٥٢٥ - استئناف مختلط ٤ يونيو ١٩٠٣ (١٥ ص ٣٤١) ، ٢٨ ديسمبر ١٩٠٥ (١٨ ص ٥٧) ، ٢٥ ابريل ١٩٠٧ (١٩ ص ٢١٩) .

(٢) ٢٢ فبراير ١٩٢٦ (القاضى يوسف رفعت بك) المحاماة ٨ رقم ٣٧٩ ص ٥٧٨ الجداول المصرية الأول للسماعة رقم ٩٩٥ .

جميعها بيوعا مشروعة أصلا ، وتترتب عليها نتائجها القانونية ، ولذلك تجوز فيها الشفعة وفقا للقانون ، خلافا لما ورد في الشريعة النراء التي نصت على عدم جواز الشفعة في البيوع الفاسدة ، ولكن المشرع المصري لم ينقل هذا النص ، مما يدل على أنه لم يرد ادخاله في قانون الشفعة . والبيع على التحديد لا يمنع باقى الشركاء من استعمال جميع الحقوق المنحولة لهم قانونا ، كحق الشفعة ، ولو جاز غير ذلك لاستطاع كل شريك ، بطريق الغش والتدليس ، أن يبيع غيره حصته مفروزة ، ويحرم باقى الشركاء من حق الشفعة أو الاسترداد ، وهذا ما لا يجوز عقلا ولا قانونا .

وقررت محكمة سمالوط الجزئية^(١) أن للشريك على الشيوع حق الشفعة ولو وقع البيع على التحديد . فالشفعة جائزة ما دام الشيوع قائما ، ويكون نفاذاها معلقا ، كالبيع نفسه ، على شئجة القسمة .

وقضت محكمة المنصورة الجزئية^(٢) بأن الشريك الذى يطلب الشفعة فى حصة شائعة يمت على التحديد ليس ملزما بأن يذكر فى انذار الشفعة الحدود الواردة بقصد البيع الصادر على التحديد دون الحدود الأصلية للمعين المشتركة ، لأنه اذا فعل ذلك قد يؤخذ عليه هذا الأمر كإقرار أو رضاء بالتحديد ، فيسقط حقه فى الشفعة .

ولكن المحاكم المختلطة حكمت على عكس الرأى المتقدم ، اذ قررت أنه ليس للشريك فى الملك حق الشفعة فى حالة بيع شريك آخر جزءا معينا *une part déterminée* من العقار المشترك ، لأن البيع فى هذه الحالة يكون باطلا *nulle* ، وبطلانه يضع الأشياء فى الحالة السابقة التى كانت عليها^(٣) .

(١) ٣٠ مايو ١٩٢٦ (القاضي اسكندر حنا) المحاماة ٦ رقم ٤٥١ من ٧٤٦ الجداول المصرية الأولى للمحاماة رقم ٩٩٤ .

(٢) حكم ٢٢ فبراير سنة ١٩٢٦ التقدم .

(٣) استئناف مخطوط ٢٧ ديسمبر ١٩٠٤ (١٧ من ٤٥) ٢٠ يونيه ١٩١٢ (٢٤ من

ومنشأ الخلاف بين الأحكام هو اقسام الآراء فيما اذا تصرف أحد المشتاعين في نصيبه معينا . فرأى يقول ان التعيين باطل ، والتصرف صحيح على الشيوع الا اذا أجازته باقي الشركاء ، أو وقع الجزء الذى عين في نصيبه بمقتضى القسمة . ورأى يقرر أن بيع أحد الشركاء فى الملك الشائع جزءا معينا باطل^(١) . أما اذا تصرف الشريك فى الملك ببيع كل العقار الشائع فان البيع يكون باطلا ، ولا مجال لتطبيق قواعد الشفعة^(٢) .

٦٣ — يجب أنه تكونه الشركة في ذات العقار — والشريك الذى له حق الشفعة هو الشريك على الشيوع فى ذات العقار المشفوع فيه^(٣) .

٦٤ — الشريك فى الحائط الفاصل بين ملكين — فالجار الذى له حصة شائعة فى جدار فاصل بين ملكه والملك المشفوع فيه لا يمكن اعتباره شريكا على الشيوع ، لأن ملكيته ليست منصبة على ذات العقار المشفوع ، وإنما منحصرة فى جدار فاصل بين الملكين . وفى هذه الحالة لا يمكن أن يبنى طلب الشفعة الا على الجوار منضم الى حقوق الارتفاق المقررة بالمادة الأولى من قانون الشفعة ان وجدت وتوافرت شروط الأخذ بالشفعة ، وسنتكلم فيه فيما بعد^(٤) .

وقد رأينا فيما تقدم أنه بمقتضى أحكام الشريعة الغراء يعتبر الشريك فى حائط الدار فى حكم المشارك فى قس الدار^(٥)

(١) راجع كتابنا «الملكية والحقوق العينية» الجزء الأول بنبة ٣٠٩ من ٣٠٣ — ١٧٥ .

(٢) كتابنا «الملكية والحقوق العينية» الجزء الأول بنبة ٣٠٨ — دى هلنس بنبة ٤٧ — استئناف مخطط ٢٢ ديسمبر ١٩٠٤ (١٧ من ٤٥) .

(٣) راجع استئناف مخطط ٢٤ ابريل ١٩٢٣ (٣٥ من ٤٠٠) (المطامعة رقم ٥٨٢ من ٧٠٩ الجدول العبرى الأول للسماعة رقم ٩٩٣) .

(٤) راجع بنبة ٨٩ .

(٥) راجع ما تقدم بنبة ٢٥ .

٦٥ - الشريك في آلة الري - حكم بأنه في حالة البيع الواقع على الأرض وعلى جزء مشاع من آلة الري التي عليها ليس للشريك في ملكية الآلة وحدها الشفعة في الأراضي المبيعة إذا لم يكن شريكا فيها ^(١).

٦٦ - لا تنكفئ الشركة في المجازة العرضية - حق الشفعة لا يكون الا للشريك في الملك ، فليس للمشتاع الذي يجوز جزءا غير مفروز من العقار بصفة عرضية *à titre précaire* ^(٢).

٦٧ - الشفعة للشريك وله لم ترد في قانونه احواله الشخصية - لكل شريك في الملك حق الشفعة مهما كان قانون احواله الشخصية ، فلا يحتاج على الوارث ، الشريك في الملك مع البائع ، بأن حق الاسترداد الوراثي *le retrait successoral* غير مقرر بمقتضى قانون احواله الشخصية ^(٣).

٦٨ - لا شفعة بمر القسم - لا يجوز للشريك استعمال حق الشفعة ^(٤) اذا كان قد صدر حكم بالقسمة وحاز قوة الشيء المحكوم فيه ^(٥).

٦٩ - تعدد الشركاء - اذا تعدد الشركاء يكون استحقاق كل منهم للشفعة على قدر نصيبه (المادة ٧) .

٧٠ - حق استرداد الحصة المبيعة قبل القسم - للشركاء طريق آخر

(١) استئناف مخطط ٢٨ ديسمبر ١٩٠٥ (١٨ من ٥٧) .

(٢) استئناف مخطط ٧ فبراير ١٩٠٧ (١٩ من ١١٥) - راجع بنف ١٠٩ - راجع كذلك ما سيجيء بخصوص الحكر (بنف ٨٣) .

(٣) استئناف مخطط ٢٥ ابريل ١٩٠٧ (١٩ من ٢١٩) .

(٤) حتى لو كان لا يجوز له أيضا استعمال حق استرداد الحصة المبيعة قبل القسمة *retrait d'indivision* الذي تهرره المادة ٤٦٢ / ٥٦١ مدني - استئناف مخطط ٢٧ مايو ١٩١٩ (٣١ من ٣١٤) .

(٥) استئناف مخطط ٢٧ مايو سنة ١٩١٩ (٣١ من ٣١٤) .

للاستيلاء على الحصة الشائعة ، وهو استعمال حق الاسترداد للنصوص عليه في المادة ٤٦٢ / ٥٦١ التي نصها : « يجوز للشركاء في الملك les copropriétaires ، قبل قسمته بينهم ، أن يسترادوا لأنفسهم الحصة الشائعة التي باعها أحدهم للغير ، ويقوموا بدفع ثمنها له والمصاريف الضرورية أو النافعة » .

وهناك فروق بين حق الشفعة وحق الاسترداد للذكر في المادة ٤٦٢ / ٥٦١ ، وأهم هذه الفروق هي :

(١) أن حق الشفعة يكون اذا حصل البيع لشريك آخر أو لأجنبي ، أما حق الاسترداد فلا يكون الا اذا كان البيع لأجنبي .

(٢) الشفعة لا تكون الا في العقار ، أما حق الاسترداد فيكون أيضا في المنقول .

(٣) الشفعة خاضعة لاجراءات وشروط خاصة نص عليها في قانون الشفعة ، وتسقط اذا لم تتبع تلك الشروط والاجراءات في المواعيد المنصوص عليها ، بخلاف حق الاسترداد^(١) .

وعلى ذلك اذا حصل البيع لأجنبي كان لكل من الشركاء الحق في الأخذ بالشفعة في المواعيد المقررة في قانون الشفعة ، أو في استرداد الحصة المبيعة بمقتضى المادة ٤٦٢ / ٥٦١ في أي وقت حتى تحصل القسمة . واذا سقط حق الشريك في الشفعة ، لعدم تقديم طلبه في الميعاد القانوني مثلا ، فانه يبقى له حق الاسترداد حتى تحصل القسمة ، وأما اذا حصل البيع لشريك فلا يكون لباقي الشركاء سوى الحق في الأخذ بالشفعة ، ولا يكون لهم حق الاسترداد ، والعلة في ذلك هي أن حق الاسترداد لم يوضع الا لمنع الأجنبي من التدخل بين الشركاء ، وقد شرع لمنع الاشكالات التي تنتج من ذلك .

٧١ - الشركاء في من الارتفاع - اذا كان حق الارتفاع العقاري

(١) دي هانس نبنة ٥١ - استئناف مغلط ١٨ مارس ١٩٠٥ (١٢ من ٣١٦) .

usufruit immobilier مشتركاً بين عدة أشخاص ، وباع أحدهم حقه ، هل يكون للآخرين حق الشفعة ؟

ان المادة الأولى من قانون الشفعة لم تذكر الا الشريك الذى له حصة مشاعة فى العقار المبيع copropriétaire indivis de l'immeuble vendu ، ولم تذكر الشريك الذى له حصة فى حق المنفعة المبيع ، فيظهر من نصها أن الشريك فى المنفعة لا يكون له حق الشفعة فى هذه الحالة . ولكن دى هلتس ^(١) يرى أن دخول أجنبي فى حالة الشيوع بين باقى الشركاء فى المنفعة مضر ، كحالة دخول أجنبي فى الملك المشترك ، لأن عملية القسمة تتجدد فى أوقات دورية بالنسبة للعقار ، ولذلك يرى امكان تطبيق المادة ٢ التى تقول « يد شريكا فى العقار المشفوع من يكون له حق الانتفاع فيه كله أو بعضه » ^(٢) . ونحن نرى أن فى ذلك توسعاً فى تطبيق المادة ٢ التى تتكلم فى العقار المبيع immeuble vendu ، لا فى حق الانتفاع المبيع .

وكذلك يرى دى هلتس امكان تطبيق المادة ٤٦٢/٥٦١ فى هذه الحالة ، وان كان كل ذلك مشكوكاً فيه ، كما يقرر دى هلتس نفسه ^(٣) .

(ج) صاحب حق الانتفاع

Usufruitier

٧٢ — أعطت المادة ٢ حق الشفعة لصاحب حق الانتفاع فى العقار المبيع كله أو بعضه الذى ترتب عليه حقه . وهذا هو نص المادة ٢ :

« يد شريكا فى العقار المشفوع من يكون له حق الانتفاع فيه كله أو بعضه . وله طلب الشفعة اذا لم يطلبها مالك الرقبة نفسه » .

(١) نيفتة ٥٢ .

(٢) راجع النبة الآتية .

(٣) دى هلتس ٥٥ .

و بمقتضى المادة ٧ صاحب حق الانتفاع بلى الشريك فى المرتبة .

٧٣ — صاحب حق الانتفاع لم يكن بين الشفعة قبل قانونه الشفعة —

ليس لصاحب حق الانتفاع الحق فى طلب الشفعة بحسب الشريعة الاسلامية ، وكذلك لم يعط هذا الحق بمقتضى النصوص للملغاة الخاصة بالشفعة فى المجموعة المدنية . ولهذا لا فهم سبب النص عليه فى قانون الشفعة ، مع أن القهوجى أن القانون المذكور كان الغرض منه تقييد حق الشفعة ، لا التوسع فيه ، ومع أن حق الانتفاع حق مؤقت وشخصى للمنتفع لا ينتقل للورثة ، فهو أساس واه للشفعة لا يبرر تضييع حق المشتري الذى انتقل اليه حق دائم هو حق الملكية .

٧٤ — نقر نص المادة ٢ الخاصة بصاحب حق الانتفاع — يلاحظ أن

المادة ٢ تنص على أنه « بعد شريكا فى المقار المشفوع من يكون له حق الانتفاع فيه » . وهذا النص لا يفهم بمقارنته بالمادة ٧ التى جعلت مرتبة صاحب حق الانتفاع بعد مرتبة الشريك ^(١) .

كذلك نص فى آخر المادة ٢ على أن لصاحب حق الانتفاع طلب الشفعة « اذا لم يطلبها مالك الرقبة نفسه » . وهذا النص غير مفهوم أيضا ، لأن صاحب حق الانتفاع لا يكون له الحق فى الأخذ بالشفعة الا اذا باع مالك الرقبة حقه فى العين . فكيف يكون لمالك الرقبة الحق فى طلب الأخذ بالشفعة فى الوقت نفسه ؟

يمكن تصور ذلك فى حالة ما اذا تعدد مالكو الرقبة وباع بعضهم نصيبه ، فانه فى هذه الحالة يكون لصاحب حق الانتفاع طلب الشفعة اذا لم يطلبها الشريك فى ملك الرقبة ، ولكن فى هذه الحالة لم يكن هنالك داع للنص على ذلك ، لأن الشريك مقدم على كل حال على صاحب حق الانتفاع (المادة ٧) ^(٢) .

يمكن أن تصور أيضا حالة ما اذا تعدد أصحاب حق الانتفاع ، وباع أحدهم

(١) دى مجلس بنية ٤١ .

(٢) راجع فتحى زغلول باشا ص ٨٥ و ٨٦ — دى مجلس بنية ٥٤ .

نصيبه ، فهل يكون للشريك في حق الانتفاع طلب الشفعة إذا لم يطلبها مالك الرقبة ؟ سبق أن بينا أن تحويل حق الشفعة لصاحب حق الانتفاع هو استثناء من القاعدة العامة التي تنص بأن يبيع الحقوقي غير المادية ، مثل حق الانتفاع ، لا يعطى الحق في الشفعة ، ولذلك يجب عدم التوسع فيه ، فلا يمنح هذا الحق في حالة بيع حق الانتفاع للمالك الرقبة ، ولا يمنح للشركاء في حق الانتفاع ^(١) .

٧٥ — **نعمد أصحاب حق الانتفاع** — إذا تعدد أصحاب حق الانتفاع فاستحقاق كل منهم يكون على قدر نصيبه (المادة ٧) .

(د) الجار للمالك

Propriétaire Voisin

٧٦ — كان مجرد المجاورة ، من غير شرط آخر ، يكفي للشفعة . وكان من نتيجة ذلك أن انتقال الملكية كان يترتب عليه في معظم الأحوال حق الشفعة للجار ، مما دعا المتعاقدين الى ابتداء طرق مختلفة لمنع التلاصق بين العقار المبيع وعقار الجار ^(٢) . لهذا قد قرر قانون الشفعة شروطا أخرى ، فأصبح بمقتضاه لا يكفي مجرد التلاصق أو المجاورة للأخذ بالشفعة .

٧٧ — **مهرات أموال للجوار** — تعطى المادة الأولى الحق في الشفعة للجار المالك في أحوال ثلاث ، اذ تفرق بين الأحوال الآتية :

(١) راجع ما تقدم بنفذة ٥٩ — عكس هذا الرأي فورجير ، وهو يستند على ما يأتي :

(١) روح القانون تنص بمنع تدخل شخص أجنبي في الشروع ، لأن تدخله يكون عاملا للتلاعب وعدم الوفاق .

(ب) المادة ٢ قد شبهت صاحب حق الانتفاع بالشريك في الملك .

(ج) أجاز القانون الشفعة في حالة بيع حق الانتفاع (فورجير ص ٣٠٧) .

على أن هذا البحث عديم الأهمية ، لأن أحكام حق الانتفاع نافذة التطبيق في مصر . عكس هذا الرأي : أيضا عبد السلام ذهني بك في كتابه « الأموال » بنفذة ٤٨٧ .

ص ٦٢٩ — محمود فهمي ص ١٤٨ .

(٢) دى هلنس بنفذة ٥٦ .

الحالة الأولى — العقار المشفوع من المباني أو الأراضى المدة للبناء ، سواء في المدن أو في القرى .

الحالة الثانية — العقار المشفوع من الأراضى غير المبنية أو غير المدة للبناء .

الحالة الثالثة — وجود حق ارتفاق للعقار المشفوع به على العقار المبيع أو العكس .

وهذا نص ما جاء في المادة الأولى خاصا بالجار :

« يثبت حق الشفعة لمن يأتي :

أولا —

ثانيا — للجار المالك في الأحوال الآتية :

إذا كان العقار المشفوع من المباني أو من الأراضى المدة للبناء سواء كانت في المدن أو في القرى .

إذا كان للأرض المشفوعة حق ارتفاق على أرض الجار ، أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المشفوعة .

إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المشفوعة من جهتين ، وتساوى من الثمن نصف ثمن الأرض المشفوعة على الأقل » .

وستتكمّل فيما يلي في كل حالة من هذه الأحوال الثلاث .

ويمكن القول بأن القانون فرق بين حالتين للجوار :

(١) أن يكون العقار المشفوع من المباني أو من الأراضى المدة للبناء . وهنا تكفي المجاورة من جهة واحدة .

(٢) ألا يكون العقار المشفوع من المباني أو من الأراضى المدة للبناء . وهنا لا تثبت الشفعة إلا إذا وجد أحد شرطين :

(أ) أن يكون للأرض المشفوعة حق ارتفاق على أرض الجار أو العكس .

(ب) أن تكون أرض الجار ملاصقة للأرض المشفوعة من جهتين وتساوى من الثمن نصف ثمن الأرض المشفوعة على الأقل .

ومما يجدر ذكره هنا أن الشفعة لا تكون للجار الا اذا كان مالكا للعقار المشفوع به ، فاذا لم يكن مالكا ، بل كان له حق انتفاع فقط أو كان مستأجرا ، فلا حق له في الشفعة .

وحق الانتفاع كما تقدم لا يعطى الحق في الشفعة الا اذا كان مقررا على العقار المبيع لا على العقار المشفوع به ^(١) .

وللجار حق الأخذ بالشفعة سواء وقعت على عقار مقسوم أو على جزء من عقار غير مقسوم ، انما يشترط القانون في حالة عدم قسمة العقار المشفوع أن يتأخر الجار عن الشريك في الملك ، ولا يمنح الجار حق الشفعة الا اذا تنازل هذا الأخير أو سقط حقه ^(٢) .

٧٨ — المادة الأولى — بالنسبة للمباني والأراضي المعدة للبناء :

جاء في المادة الأولى أن حق الشفعة يثبت للجار المالك « اذا كان العقار المشفوع من المباني أو من الأراضي المعدة للبناء ، سواء كانت في المدن أو في القرى » .

“S'il s'agit de constructions ou de terrains destinés à être bâtis, situés dans une ville ou dans un village”.

فيشترط في هذه الحالة توافر شرطين :

أولا — التلاصق من جهة .

ثانيا — أن يكون العقار المشفوع من المباني أو الأراضي المعدة للبناء .

٧٩ — الشرط الأول — التلاصق من جهة — يجب أن يكون العقار

الشفوع والعقار المشفوع به متلاصقين من أية جهة ، ولو بشبر ^(٣) . والقاضى يقدر

(١) دى هلنس نبذة ٥٧ — راجع ماسيجيه نبذة ١٠٥ .

(٢) استئناف مخطط ١٦ ابريل ١٩٠٣ (١٥ ص ٢٤٥) المجموعة الرسمية المختلطة

٢٨ ص ٢٦٨ .

(٣) راجع ما تقدم نبذة ٣٠ — زكى الراي بك نبذة ٥٤ ص ٣٤ — فورجير

ص ٣١٢ .

في كل حالة ما اذا كان التلاصق بامتداد كاف يبرر الشفعة ^(١) .

ويكفي التلاصق من جهة واحدة ^(٢) .

والعبارة في التلاصق بالأرض لا بالبناء ، اذا كانت الأرض تحوى بناء ،

فاذا كان المبيع دارا لها بستان وبيع عقار ملاصق للبستان ثبتت الشفعة ^(٣) .

٨٠ - الشرط الثاني — أنه يكون العقار المشفوع منه المباني أو

الأراضي المعبرة للبناء — فاذا لم يكن العقار المشفوع من المباني أو من الأراضي المدة للبناء ، بأن كان معدا للزراعة ، فله حكم آخر ^(٤) .

ولا يشترط ، كما هو ظاهر من النص ، أن يكون العقار المشفوع مبنيا بالفعل ، بل يكفي أن يكون من الأراضي المدة للبناء .

ويجب أن يكون العقار المشفوع في مدينة أو قرية ، أي أن يكون جزءا

من منطقة مبان agglomération urbaine ^(٥) .

٨١ - الشفعة في البناء — هل للمالك البناء أن يشفع في العقار المبيع ،

اذا لم يكن مالكا للأرض التي أقيم عليها البناء ؟ — واذا كان المبيع بناء من غير الأرض المقام عليها هل تجوز الشفعة في هذا المبيع ؟ .

(١) فقهى بك الأموال نبذة ٤٩٢ ص ٦٨١ .

(٢) استئناف مخطط ٦ فبراير ١٩١٧ (٢٩ ص ١٩٨) ، ١٠ يونيو ١٩٢٤ (٣٦ ص ٤٢٤) .

(٣) فقهى زغلول باشا ص ٨٦ — فورجير ص ٣١٢ .
وعلى ذلك تمكن الشفعة في الأبنية من غير شرط المجاورة فيها ، كما اذا كان منزل مقاما في وسط بستان أو أرض فضاء ، بمرط أن يباع المنزل مع البستان أو مع الأرض وأن يحقق شرط المجاورة بالنسبة لبستان أو الأرض (دى هلتس ٥٩) .

(٤) راجع نبذة ٨٤ وما بعدها .

(٥) استئناف مخطط ١١ فبراير ١٩٢٧ (٣٤ ص ١٤٧) — وراجع أيضا ما سيجي .

يقول المرحوم فتحى زغول باشا عند كلامه فى حالة الجار المالك اذا كان المشفوع من العقارات التى فى المدن والقرى :

« يجب أن يكون العقار المشفوع والعقار المشفوع به متلاصقين ، سواء كان العقار المشفوع مبنيا أو معدا للبناء ، فالعبرة هنا بالأرض ، لا بالبناء ، وينتج من ذلك :

- ١ — اذا كان المبيع دارا لها بستان ، وكان لأحدهم عقار ملاصق للبستان ، فله الشفعة ، لأن العبرة بملاصقة الأراضى ، لا الأبنية .
 - ٢ — اذا كان الشفيع لا يملك الا البناء ، بأن كانت الأرض محكورة له أو مؤجرة ، فلا شفعة .
 - ٣ — اذا كان المبيع هو البناء دون الأرض فلا شفعة ، كما لو كانت الأرض لمالك ، وكان مترتبا عليها حق انتفاع بالبناء الآخر أو أن للدار المبنية قضاء هو للملاصق للجار ولم يدخل فى المبيع » .
- هذا ما يقوله المرحوم فتحى زغول باشا ، والظاهر أنه لم يتناول بالذات النقطة الخاصة التى هى موضوع بحثنا الآن .

ويقول دى هلتس عند كلامه فى شفعة الجار المالك للمبانى أو الأراضى المملوكة للبناء ، ان حق الشفعة يقع على المبانى تبعا للأرض القائمة عليها هذه المبانى ^(١) ، فلا يجوز أن يشفع فى منزل من غير أن يشفع فى الأرض المبنى عليها . وينتج من ذلك أن التلاصق يشترط ، لا بالنسبة للمنازل المشفوعة ، بل بالنسبة للأرض القائمة عليها هذه المنازل ، فيمكن أن يشفع فى المنازل من غير أن تكون متلاصقة ، كما اذا كان منزل مقاما وسط بستان أو ضيعة وكان البستان أو الضيعة مجاورين للأراضى المشفوع بها ^(٢) . وبما أن حق الشفعة لم يعط الا للجار المالك ، فينتج من ذلك أن من لا يكون مالكا للأرض التى

(١) بنحة ٥٨ .

(٢) بنحة ٥٩ .

بنى عليها لا يشفع في المنزل المجاور لمنزله ، لأنه لا يوجد التصاق بين الأراضى لمصلحته . وهذا الحق لا يوجد الا لمصلحة مالك الأرض القائم عليها البناء . وهي هنا حالة من لا يجوز الأرض الا بصفته صاحب حق السطح *droit de superficie* أو حق الحكر ، فحق الشفعة يكون لمالك الأرض ، أى لمن أعطى حق السطح أو الحكر . ويضيف دى هلتس أن هذا ، كما يظهر له ، هو السبب الذى من أجله يجب حرمان من له حق السطح *superficiaire* أو حق الحكر من حق الشفعة ، وليس السبب الذى يذكرونه غالبا ، وهو أنه ليس لها حق للملكية التام ، فان لها هذا الحق على المباني التى يقيمونها ، حتى أن لها أن يرهناها رهنا تأمينيا ^(١) .

ويقول الأستاذ ذهني بك عند بحثه حالة الجار اذا كان العقار المشفوع مبنيا : ان العقار المشفوع المبنى « يتكون من البناء بالذات ومن الأرض القائم عليها البناء . ولا بد للشفيع من أخذ العقار بناء وأرضا بالشفعة . ويستحيل عليه أن يطالب بأحد الاثنين . واذا كانت الأرض للمالك والبناء لآخر ويبيع البناء دون الأرض فلا شفعة . وكذلك لا شفعة اذا بيع البناء دون الأرض (!) . واذا كان الشفيع لا يملك الا البناء القائم على الأرض المشفوع بها ، كما اذا كان مستأجرا أو كانت الأرض محكورة له أو كان مرتهنا رهنا حيازيا عقاريا ، فلا شفعة له أيضا ، ولكن للمالك الأرض حق الأخذ بالشفعة ، وهو للتوَجَر أو صاحب الأرض المحكورة أو الدين الراهن » ^(٢) .

أما نحن فمن رأينا أن الشفعة تجوز فى البناء ، ولو بيع مستقلا ، وأنه لا يوجد ما يمنع المالك الذى لا يملك الا البناء من أن يشفع فى العقار المبيع ، فاذا بيعت أرض مع البناء الذى عليها ، أو بيعت الأرض من غير البناء ، أو اذا بيع البناء من غير الأرض ^(٣) ، كما اذا باع صاحب الطابق الثانى من منزل —

(١) نبذة ٦٠ .

(٢) ص ٦٨١ — ٦٨٢ .

(٣) أى مع بقاء حق القرار .

لا يملك فيه الطابق الأسفل — طابقه ، فيجوز للجار ، سواء أ كان مالكا للأرض وما عليها من البناء ، أم للأرض فقط ، أم للبناء فقط ، أن يطالب بالشفعة ، اذا توافرت لديه شروط الجوار بالنسبة لما يشفع فيه ، وذلك لأنه بالنسبة للعقار المشفوع لم يحتم القانون أن يكون أرضا ، بل اشترط فقط أن يكون عقارا ، ولم يخصص ، فقد ورد لفظ العقار *immeuble* من غير تخصيص في المواد ٢ ، ١٠ ، ١١ ، ١٢ ، ١٣ ، ١٤ ، ١٥ ، ١٩ ، ٢١ ، وعبر في المادة ٧ بلفظ ملك *fonds* ، حيث جاء فيها « واذا تعدد الجيران يقدم منهم من تعود على ملكه منفعة . . . » . والمادة الأولى صريحة في جواز الشفعة في البناء ، اذ جاء فيها عند الكلام في أحوال الجار أن الشفعة تثبت للجار المالك « اذا كان العقار المشفوع من المباني *constructions* أو من الأراضي المعدة للبناء ، ولم ينص فيها على أن البناء يجب أن يكون تابعا للأرض .

وبالنسبة للعقار المشفوع به نرى الشارع لم يخصص عقار الشفع ، بل أطلق ، فقد جاء في المادة الأولى أن حق الشفعة يثبت « للشريك الذي له حصة شائعة في العقار المبيع *au copropriétaire indivis de l'immeuble* . *vendu*

. ومن المعلوم أن العقار في القانون اما أن يكون مالا ثابتا بطبيعته أو من أصل خلقته *immeuble par nature* ، واما أن يكون ثابتا بطريق التخصيص *immeuble par destination* (مدنى ٥٢٤/١٨/٤) ، واما أن يكون ثابتا

بالنسبة للشيء المتعلق به *Immeuble par l'objet auquel il s'applique* . أما بالنسبة للأموال الثابتة بطبيعتها ، فإن الشفعة تكون فيها ، سواء أ كانت أرضا ، أم بناء ، أم غراسا ، فإن البناء وحده ، أو الفراس وحده ، معتبر عقارا ، بقطع النظر عن الأرض القائم عليها ، فتقع فيه الشفعة .

وبالنسبة للأموال الثابتة بطريق التخصيص فإنها تتبع العقارات التي اتصلت بها ، ولا شفعة فيها اذا بيعت مستقلة ، لأنها تكون منقولة في هذه الحالة .

وفما يتعلق بالأموال الثابتة بالنسبة للشيء المتعلقة به ، أو الأموال الثابتة

غير المادية كما تسمى أحيانا ، فتصح الشفعة فيها اذا تحققت الشروط التى يتطلبها القانون ، كالجوار . وقد أجاز القانون نفسه ، فى المادة ٢ ، لمالك الرقبة ، أن يطالب بالشفعة فى حالة بيع حق الانتفاع كما تقدم .

ومن بين الأموال الثابتة بالنسبة للشيء المتعلقة به ، حق التعلل . فحق التعلل ذاته عقار ^(١) ، بفض النظر عن البناء ، فثبتت فيه الشفعة كما ثبتت به ، لأنه عبارة عن ملكية الجزء من الفراغ الذى لصاحبه الحق فى البناء فيه . ولذلك فى الدار ذات الطبقات يجوز لكل من أصحاب الطبقات المطالبة بالشفعة اذا تحققت الشروط التى يتطلبها القانون ، كالجوار ، كما سنبينه ^(٢) .

يضاف الى ما تقدم أن القول بعدم اجازة الشفعة فى البناء يتعارض مع الغرض الذى من أجله شرعت الشفعة بالنسبة للضرر الذى يقع ممن ينتقل اليه البناء المبيع ويتأذى منه الذى يريد المطالبة بالشفعة . واذا كان طالب الشفعة لا يملك الا البناء دون الأرض فقد يكون الضرر الذى يلحقه ممن انتقل اليه العقار المبيع أبلغ من الضرر الذى يلحق مالك الأرض .

ولذلك ترى كما تقدم أنه اذا بيع عقار فانه يجوز لكل من مالك الأرض المجاورة ومالك البناء المجاور (ان لم تكن الأرض والبناء لمالك واحد) أن يطالب بالشفعة ، وتكون الأفضلية لمن منهما يعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من الآخر وهذا للمادة ٧ .

والظاهر أن الذى دعا الى ايجاد رأى الخالف لرأينا هو أحكام الشريعة الاسلامية ، فانه بمقتضى مذهب الحنفية يعتبر البناء منقولا ، فلا تجوز فيه الشفعة ، الا اذا بيع مع الأرض ، ولكن اذا بيع من غير الأرض فلا شفعة فيه ، فقد نص فى المادة ١٠٩ من مرشد الحيران على أن « لا شفعة فى البناء والشجر المبيع قصدا بدون الأرض القائم عليها . فاذا بيع البناء والشجر تبعا للأرض

(١) الزيللى • س ٢٥٣ .

(٢) راجع بنف ٨٢ .

ثبتت فيه الشفعة . وجاء في المادة ١٠٢٠ من المجلة : « لو بيعت العرصة الملوكة مع ما عليها من الأشجار والأبنية تجرى الشفعة في الأشجار والأبنية أيضا تبعا للأرض . وأما اذا بيعت الأشجار والأبنية فقط فلا تجسرى فيها الشفعة » (١) .

ولكن القانون صريح في أن البناء يجب أن يعتبر عقارا ، وما دام أن القانون كما تقدم لم يشترط في العقار المشفوع أن يكون أرضا فلا يعمل بحكم الشريعة .

ويلاحظ أن الامام مالكا يعتبر البناء من العقارات ، فصح فيه الشفعة عنده . على أن قهاء المذهب الحنفي لا يقررون عدم جواز الشفعة بتاتا في البناء ، بل انهم يميزونها استحسانا لأصحاب الدور في الدار ذات الطبقات ، وبعضهم يميزها في البناء الذي يقام على أرض محتكرة ، وذلك لما للبناء من حق القرار (٢) .

(١) راجع الزخيرة في الفصل الثالث من الشفعة — مرآة المجلة ليوסף آصاف ٢ من ٣٩ — شرح المجلة المادة ١٠١١ لمحمد سعيد المحاسنى جزء ٢ من ٣٦٩ و ٣٧٤ .

(٢) جاء في البائع (٥ من ١٢) أن الشفعة لا تجب الا في الفار أو ما في مناه وهو الملو — وفي من ١٣ : اذا بيع سفل عقار دون علوه أو علوه دون سفله أو يما جيبا وجبت الشفعة . أما السفل فلا شك فيه لأنه عقار ، وأما الملو بدون السفل فتجب فيه الشفعة اذا كان الملو قائما استحسانا ، لأن حق البناء على السفل متعلق به على سبيل التأيد ، فعبار بمعنى الفار ، فيجب فيه الشفعة . ولو اتهم الملو ثم بيع السفل وجبت الشفعة لصاحب الملو عند أبي يوسف ، وعند محمد لا شفعة له . وجه قول الأول أن البناء وان بطل لغى البناء قائم ، وانه حتى متعلق بالبقعة على سبيل الاستمرار والتأيد ، فكان بمنزلة البقعة . ووجه قول الثانى أن الشفعة إنما تجب اما بالشركة في الملك أو المحقوق ، أو بجوار الملك ، ولم يوجد شيء من ذلك . أما الشركة فظاهر الانتفاء ، وكنا الجوار ، لأن الجوار كان بالبناء وقد زال البناء فلا تجب الشفعة — يلاحظ أن الذى يميز الشفعة هو محمد والذى يطلبها هو أبو يوسف خلافا لما جاء في البائع (راجع الفتاوى الهندية من ١٦٤) .

وجاء في الزيلعي (٥ من ٢٥٢ — ٢٥٣) : لا تجب الشفعة في بناء ونخل بلا عرصة ، لأنها متولان ، فلا تجب فيها اذا يما بلا أرض ، وان يما مع الأرض تجب فيها الشفعة تبعا للأرض ، بخلاف الملو ، حيث يستحق بالشفعة ، ويستحق به السفل على أنه مجاوره ، وذلك =

وإذا رجنا الى أحكام المحاكم الخاصة بالشفعة في البناء نجدتها في موضوع الحكم، وستكلم فيه فيما بعد ^(١).

وقد صدرت بعض الأحكام قبل قانون الشفعة الجديد: من ذلك حكم استئناف مصر الأهلية في ١٩ ديسمبر ١٨٩٢ ^(٢)، قد جاء في هذا الحكم:

ان المادة الثانية من القانون المدني قسمت الأموال الثابتة الى قسمين، أموال ثابتة حقيقية وأموال ثابتة حكومية، حيث نصت على أن الأموال الثابتة هي الخائزة لصفة الاستقرار سواء كان ذلك من أصل خلقتها أو بصنع صانع بحيث لا يمكن قلعها بدون أن يترتها خلل أو تلف وكذلك الحقوق العينية المتعلقة بتلك الأموال. فيتين من التقسيم الثاني لحوزة الاستقرار، وهو قول المادة أو بصنع صانع، أن غرضها منه اعتبار البناء أموالاً ثابتة بصرف النظر عن الأرض القائم عليها، والبناء إنما يكون بصنع صانع، ولا يمكن قلعه بدون خلل أو تلف، اذ قلعه يكون بنقضه وهدمه، فلا يمكن القول بأنه يعتبر منقولاً لوجود السبيل الى هدمه وإزالته، اذ لا يطلق عليه اسم البناء الا ما دام قائماً ويترتب على الهدم الخلل والتلف اللذان اعتبرهما شرطاً.

وجاء فيه أيضاً أنه اذا لم يعتبر حق القرار تابعا للبناء فلا بد من اعتباره من الحقوق العينية المتعلقة بالأموال الثابتة، والحقوق العينية المتعلقة بالأموال الثابتة هي من العقار الحكمي.

== اذا لم يكن طريقه طريق الفل، وان كان طريقها واحداً يستحق بالطريق الشفعة على أنه خليط في الحقوق وهو الطريق، لأن حق النط يبق على الدوام، وهو غير منقول، نستحق به الشفعة كالعقار.

وقال أبو يوسف ان وجوب الشفعة في الملو استحقان (حاشية الشلبي بهامش الزيلعي ٥ من ٢٥٢ — ٢٥٣)، اذ كان القياس ألا تجب فيه الشفعة، لأنه لا يبق على وجه الدوام، وانما استحسنوا لأن حق الوضع متأبد فهو كالمرصة.

(١) راجع نيفة ٨٣.

(٢) المحاكم ٤ رقم ١٤٤ من ٢ مسائل الأوقاف رقم ٣٨٢ من ١٤١.

وأضاف الحكم أن القانون في باب الشفعة أطلق إجازتها في المقار كما في المادة ٦٩ ، ولم يقيده بكونه حقيقيا أو حكما أو تبعا . ومعلوم أن لفظة المقار تشمل ذلك كصريح المادة ٢ و ٤ من القانون المدني ، وإنما لم يقيده ارتكانا على هاتين المادتين ، فعليه يكون تخصيص المقار في باب الشفعة بالحقيق ترجيحاً بلا مرجح ، والتخصيص كالاستثنائي لا يكون الا بالتخصص الصريح كما هي القواعد القانونية ، والقانون لم يصرح ، فيتمين الحل على العموم .

ولكن محكمة مصر الابتدائية قضت ^(١) على عكس ذلك ، بأن القانون صريح في عدم جواز الشفعة في البناء وحده أو بواسطة البناء وحده ، بدليل المادة ٩٣/٦٨ ، حيث نصت (لمن أعار أرضه لإنسان وأذن له بالبناء أو الغرس فيها حق الشفعة الخ) ، لأنها أثبتت حق الشفعة لصاحب الأرض في البناء دون صاحب البناء في الأرض مع التلازم النهي حال وضع هذا النص ، ويؤخذ منه أن القانون إنما صدر المادة بلفظ الأرض ومنع صاحب البناء من الشفعة فيها إشارة الى أن الشفعة لا تجوز الا في عقار مخصوص هو الأرض ، فإن قام عليها شيء فهو يتبعها ، وحيث ان الدليل للأخذ من نصريح المادة (٩٤/٦٩) بقولها للشريك في عقار غير مقسوم من غير نص على نوع المقار دليل ساقط ، لأن لفظة عقار جاءت على لسان ناقل هذه المادة من قبل التحسين لا من قبيل الوضع ، يشهد بذلك الطبعة الفرنسية ، اذ عبارتها بالحرف (للشريك غير المقسوم Le copropriétaire indivis) ، فغير المقسوم صفة للشريك كما هو ظاهر ، ولفظة عقار غير موجودة ، فالارتكان على ذكرها خطأ في الطبعة العربية خطأ في القضاء ، ولذلك لم تأت هذه اللفظة السقيمة مرة ثانية في باب الشفعة .

٨٢ - المرور ذات الطبقات - اذا كانت الدار ذات طبقتين ،

(١) القضية نمرة ١٣٩ سنة ١٨٩٦ المحاكم ٧ ص ٩٨٧ مسائل الأوقاف رقم ٣٧٩

وكان السفل من البناء لشخص والعلو لآخر يعتبر كل منهما جارا ملاصقا^(١) .
 فإذا بيع العلو كان لصاحب السفل أن يأخذ بالشفعة . وإذا بيع السفل
 كان لصاحب العلو حق الشفعة^(٢) .

وإذا لم يأخذ صاحب العلو السفل بالشفعة ، حتى انتهت المدة ، فقد قلنا انه
 في الشريعة الاسلامية على قول أبي حنيفة وأبي يوسف تبطل الشفعة ، لأن
 الجوار بالاتصال وقد زال ، كما لو باع التي يشفع بها قبل الأخذ . وعلى قول محمد
 تجب ، لأنها ليست بسبب البناء ، بل بالقرار^(٣) .

وفي القانون نرى أن الحكم يجب أن يكون كقول محمد ، لأن حق القرار
 عاقل ، فثبت فيه الشفعة كما ثبت به ، وهو عبارة عن ملكية الجزء من الفراغ
 الذي لصاحبه الحق في البناء فيه^(٤) .

وإذا كانت النار ذات ثلاث طبقات ، بعضها فوق بعض ، فيمت الطبقة
 الوسطى ثبتت الشفعة لصاحب الطبقة العليا ولصاحب السفلى . وإذا بيعت الطبقة
 السفلى أو الطبقة العليا فلصاحب الطبقة الوسطى حق الشفعة . وهذا هو حكم
 الشريعة أيضا كما تقدم^(٥) .

٨٣ - الشفعة في المحكم - هل تجوز الشفعة في البناء القائم في أرض
 محتكرة ؟ لا يوجد ما يدل على أن الشارع للمصري أراد أن يخالف الشريعة فيما
 يتعلق بأحكام المحكم .

وقد تضاربت أقوال الفقهاء في ثبوت الشفعة في البناء القائم في الأرض

(١) راجع ما تقدم تبنة ٣١ .

(٢) الرابى بك ص ٣٣ تبنة ٥٣ .

(٣) راجع ما تقدم تبنة ٣١ - الفتاوى الهندية ص ١٦٤ .

(٤) كتابنا « الملكية والحقوق العينية » الجزء الأول تبنة ٨٤ - راجع الرابى بك

تبنة ٥٣ ص ٣٣ .

(٥) راجع تبنة ٣١ - زكى الرابى بك تبنة ٥٣ ص ٣٣ .

المحتكرة ، أو الأشجار المملوكة الواقعة فيها . فمنهم من قال ببوتها . ومنهم من قرر عدم الثبوت . واتسمت أحكام الحاكم المصرية بسبب ذلك .
فمن قالوا بثبوت الشفعة احتجوا بما يأتي :

ان البناء في الأرض المحتكرة هو عقار ، لأن حق القرار هو من الحقوق الميمنية المتعلقة بالأموال الثابتة ، وهو عقار حكى ، أى غير مادى ، وقد أجاز القانون الشفعة في العقار على إطلاقه حقيقيا كان أو حكما ^(١) .

واستندوا على ما قاله الكمال بن الهمام من أن البناء اذا بيع مع حق القرار يلتحق بالعقار ، وقد امتصر له أبو السعود من علماء الحنفية في حاشية مسكين وحزم بخطاً من أفتى بأن لا شفعة في البناء في الأرض المحتكرة كالطورى ^(٢) .
ووفق بين القولين بأنه اذا لم يكن للمحتكر حق القرار فيكون البناء من المنقولات ولا شفعة فيه الا تبعا ، واذا كان للمحتكر حق القرار فيلتحق بالعقار ، وهى ثابتة فيه ، كما في مسألة العلو مع السفلى لما فيه من حق القرار ، ولو كان العلو انهدم قبل قيام الشفيع يبق حقه كما قال محمد ^(٣) .

يضاف الى ما تقدم أن مذهب الامام مالك يميز الشفعة في البناء القائم على الأرض المحتكرة ^(٤) .

واستند من يقول بعدم ثبوت الشفعة على ما يأتى :

ان البناء ليس له حق البقاء على النوام ، بل هو على شرف الزوال ، لأن

(١) قنا الجزئية سنة ١٨٩٢ مسائل الأوقاف رقم ٣٨٣ ص ١٤٥ — استئناف ٢٩ مارس ١٩٣١ المجلدات ١ رقم ١١٤ ص ٥٣١ .

(٢) ابن عابدين ٥ ص ١٤٣ .

(٣) استئناف مصر الأهلية ١٩ ديسمبر ١٨٩٢ المحاكم ٤ رقم ١٤٤ ص ٧ مسائل الأوقاف رقم ٣٨٢ ص ١٤١ — قنا الجزئية سنة ١٨٩٣ مسائل الأوقاف رقم ٣٨٣ .

(٤) راجع الجزء الثالث من شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل صفحة ٥٩١ — كتاب البهجة في شرح النخبة للعلامة التتولى الجزء الثانى ص ١٢٠ — بلفة السالك للشيخ أحمد الصاوى على الفرح الصغير للشيخ العروير الجزء الثانى ص ٢٥١ .

المحتكر اذا امتنع عن دفع أجرة المثل يؤمر برفع بنائه وتؤجر الأرض لغيره .
 وانه بمقتضى الشريعة يشترط أن يكون للبيع مملوكا ملكا تاما لبائعه ^(١) ،
 ولم يرد الشارع مخالفة أحكام الشريعة ^(٢) ، بل ان جل ما تدون بقانون الشفعة
 بنوع خاص كان مقصودا به ترتيب وتنظيم الاجراءات الواجب اتباعها لطلب
 الشفعة ، وليس فيها ما يؤخذ منه الميل الى مخالفة هذه الشريعة نفسها في مادة
 الشفعة ، فوجب اذن احترام أحكام الشريعة التي لم يرد في القانون نص يخالفها ،
 وفضلا عن ذلك فان حكم الشريعة الاسلامية في هذا الصدد جاء مطابقا للمعقول
 لضرورة حصر حق الشفعة هنا ، لأنه لو جازت الشفعة للأراضي المحكرة لزادت
 الأراضي الموقوفة زيادة فاحشة تضر بمصلحة البلاد التجارية والاقتصادية ^(٣) .

هل يشفع بالحكر ؟

اختلفت المحاكم كذلك فيما اذا كان يجوز أن يشفع بالحكر ، فقال
 البعض ان البناء القائم على الأرض المحكرة له حق القرار ، فهو اذن عقار يشفع
 ويشفع به ^(٤) .

وقال البعض الآخرون انه لا يشفع به ، لأن قانون الشفعة لم يعط حق الشفعة
 الا لمالك العقار المشفوع به ملكا تاما ، حتى انه لم يعطه لصاحب حق الانتفاع
 الا في العين المقرر عليها حقه ، ولم يعطه اياه الا اذا لم يطلبه مالك الرقبة نفسه .
 ولا يمكن تشبيه المحتكر بالجار المالك ، ولا بصاحب حق الانتفاع ، لأن المحتكر

(١) المجلة المادة ١٠١٩ و ١٠٢٠ — مرشد الحيران للادة ١٠٩ و ١٢٠ — قانون
 العدل والانصاف المادة ٣٤٢ .

(٢) استئناف مخطط أول فبراير ١٩٠٦ (١٨ من ٢٠٧) مسائل الأوقاف رقم ٣٨١ —
 من ١٤١ ، ٤ يناير ١٩٠٦ (١٨ من ٨٧) مسائل الأوقاف رقم ٣٨٠ من ١٣٩ —
 مصر الأهلية ٢٩ مارس ١٩٢١ المحللة ١ رقم ١١٤ من ٥٣١ الجبول المعري الأول
 لمجلة المحاماة رقم ٩٩٦ .

(٣) حكم ٤ يناير ١٩٠٦ (١٨ من ٨٧) .

(٤) قنا الجزئية القضية نمرة ١٢٤ سنة ١٨٩٣ مسائل الأوقاف رقم ٣٨٣ من ٢١٥ .

لا يمكن اعتباره مالكا بالمعنى القانوني الصحيح ، لأنه ليس له الا حق حيفى على ملك الغير يخوله الانتفاع به امتناعا تاما فى مقابل جعل سنوى له يسمى حكرا ، اعترافا بملكيتة لرقة العين ، أو يعطيه حق الانتفاع بالبناء والفراس القائم على أرض الغير . وانه وان كان للمحتكر حقوق أوسع من حقوق صاحب الانتفاع بالعين فقط ، دون حق التصرف فيها بطريقة مطلقة ، الذى هو عنوان الملك ، وان كان المحتكر يعتبر جبال الغير أنه يملك التصرف فى العين ، فانه فى الحقيقة ونفس الأمر ملك مثلث بالواجبات أخف ما فيها وجوب المحافظة على كيان العين المقرر عليها حقه ، لأنه بانهاء أجل الاحتكار أو بسقوط الحق ترجع العين المحكرة الى صاحبها الأصلى .

وفضلا عن ذلك فان المحتكر مثل صاحب الانتفاع لا يمكنه أبدا أن يملك العين المحكرة مهما طال وضع يده عليها ، اللهم الا اذا تغير وضع يده فيظهر فى العين بمظهر المالك للتصرف فيها التصرف المطلق^(١) .

وقالوا ان هذا التشديد مطابق تماما لروح الشريعة الاسلامية وللقوانين المختلطة والأهلية وقانون الشفعة الجديد^(٢) .

ونحن نفضل الرأى الذى يقول بجواز شفعة المحكر ، وانه يشفع به ، قد قلنا فيما تقدم^(٣) بجواز شفعة البناء ، فضلا عن أن للمحتكر حق القرار ، وهو عقار ، وفى العادة الواقع يكون على وجه التأيد ، اذ أن العادة جرت على علم اخراج صاحب البناء الذى يورث حقه^(٤) .

(١) راجع مصر الاجتاثية ٢٦ ابريل ١٨٩٧ المحاكم ٣ من ٩٠ — مصر الاجتاثية ١٨٩٦ المحاكم ٧ من ٩٨٧ — استئناف مختلط ٤ يناير ١٩٠٦ (١٨ من ٨٧) . مسائل الأوقاف رقم ٣٨٠ من ١٣٩ .

(٢) المجلة للمادة ١٠١٧ — مرشد الحيران للمادة ١٠٧ .

(٣) راجع نبذة ٨١ .

(٤) وقد جاء فى شرح الخطاب (من ٣١٩) هلا عن التوضيح : « وينبغى أن ينفق فى الأحجار التى عندنا بمصر أن نجب الشفعة فى البناء القائم فيها ، لأن العادة عندنا أن رب الأرض لا يخرج صاحب البناء أصلا ، فكان كالك الأرض » .

٨٤ — الحالة الثانية — الأراضي غير المعروفة للبناء :

جاء في المادة الأولى أن حق الشفعة يثبت أيضا للجار المالك :

« اذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المشفوعة من جهتين ، وتساوى من التمن نصف الأرض المشفوعة على الأقل » .

« Si les deux terrains sont contigus de deux cotés, et que la valeur de celui du préempteur représente au moins la moitié de la valeur de l'autre ».

كحالة الأراضي الزراعية ، سواء أكانت مزروعة بالفعل أم لا .
ويشترط في هذه الحالة توافر شرطين :

(١) التلاصق من جهتين .

(٢) أن تساوى أرض الشفع نصف قيمة الأرض المشفوعة .
واذا انعدم شرط من الشرطين فلا شفعة .

ولم يكن هذان الشرطان موجودين قبل قانون الشفعة ، بل كان يكفي للأخذ بالشفعة مجرد الملاصقة من جهة واحدة كما تقدم .

٨٥ — الشرط الأول : التماس من جهتين — يجب أن تكون

أرض الجار ملاصقة للأرض المشفوعة من حدين ، كالشرقي والبحري مثلا ، ولا تكفي للملاصقة من قطعتين من جهة واحدة ^(١) . وكذلك لا يكفي التلاصق من جهة واحدة ولو على طول الحد بأكمله ^(٢) .

ويصح أن يكون التلاصق من جهتين متجاورتين ، كالحددين الشرقي والقبلي .
ويصح أن يكون من جهتين غير متجاورتين ، كالجبهة الشرقية والغربية .

(١) استئناف مخطط ٢ يناير ١٩٠٢ (١٤ ص ٧١) المجموعة الرسمية المختلطة ٢٧ ص ١٠٢ — قس الاجتهادية ٢٥ يناير ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٥٤٤ ص ٨٧٥ الجدول العصري الأول للمحاماة رقم ٩٩٨ .

(٢) فتوى زغلول باشا ص ٨٧ — استئناف مخطط ٢ يناير ١٩٠٢ (١٤ ص ٧) ، ٥ يناير ١٩٠٥ (٧ ص ٧١) .

ولا يكفي مجرد الملاصقة من جهتين ، بل يجب أن يكون التجاور من حدين ، أى من جهتين من الجهات الأصلية (الشمال ، الجنوب ، الشرق ، الغرب)^(١) . وقد حكم بأنه اذا كان الشفع جاراً من حد واحد منكسر أو منحني فهو جار من حد واحد على كل حال^(٢) . ويجب أن يكون التلاصق على امتداد كاف ، كثلث الحد أو نصفه^(٣) . وعلى كل فاقاضى هو الذى يقدر ما اذا كان التلاصق على امتداد يكفي لتبرير الشفعة .

٨٦ — المجاورة من جهتين بملكين :

لم ينص قانون الشفعة على حالة ما اذا كان الشفع يجاور الأرض المشفوعة بملكين مختلفين . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يؤخذ من الفقرة الأخيرة من المادة الأولى من قانون الشفعة التى نصت على جواز طلب الشفعة اذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المشفوعة من جهتين ، يؤخذ منها وجوب مجاورة الأرض المشفوع بها للأرض المشفوعة من حدين ، فاذا كان طالب الشفعة يجاور الأرض المشفوعة من جهة ، ومن الجهة الأخرى لا يجاورها بنفس القطعة ، ولكنه يجاورها بصفته شريكاً على الشيوع فى قطعة أخرى ، فلا شفعة له ، لأن المجاورة من جهتين يجب أن توجد بين عقارين^(٤) ، ولا يمكن أن تكون بين ثلاثة عقارات يشفع الشفع بعقارين منها^(٥) .

(١) زكى الراى بك نبذة ٥٥ ص ٣٥ — دى هلس ٦٨ — فورجيرو ص ٣١١ .

(٢) استئناف مختلط ١١ يناير ١٩٢٧ (٣٩ ص ١٤٢) المحاماة ٨ رقم ٤٠٠ ص ٦١١ الجدول العبرى الأول للمحاماة رقم ١٠٠١ .

(٣) دى هلس ٦٨ — قضى زعلول باشا ص ٨٧ — استئناف مختلط ٢ يناير ١٩٠٢ (١٤ ص ٧١) المجموعة الرسمية المختلطة ٢٧ ص ١٠٢ ، ١٤ مايو ١٩١٨ (٣٠ ص ٤٢٨) .

(٤) جاء فى نص المادة "Si les deux terrains sont contigus" .

(٥) استئناف مختلط ١٢ مايو ١٩٢٥ (٣٧ ص ٤٢٤) المحاماة ٥ رقم ٦٨٥ ص ٨٤٠ الجدول العبرى الأول للمحاماة رقم ٩٩٧ .

وصلت مجلة الحاماة على هذا الحكم بأن الشفعة في الأصل من الحقوق غير المشتجة ، فيجب أن يضيق القاضى دائرة تطبيقها ، وما دام أن القانون يحتم أن تكون الأرض المشفوع بها تجاور الأرض المشفوعة من حدين فلا يمكن الحكم بالشفعة لشخص يملك قطعى أرض كل واحدة منهما تجاور الأرض المشفوعة من حد واحد .

ويضاف الى ما تقدم أن نص المادة ، وخصوصا النص الفرنسى ، ذكر به أرض الجار وأرض الشفع بصفة المفرد ^(١) .
ونحن من هذا رأى .

على أنه قد يعترض على هذا رأى بأن الشفعة شرعت لرد الضرر الذى يلحق الجار ، وبما أن القانون أجاز الشفعة في حالة ما اذا كان له ملك يجاور الأرض المبيعة فإن الضرر الذى يلحق الجار يكون أكثر اذا كان له ملكان يجاوران الأرض للمبيعة . ولكن يرد على ذلك بأنه يجب عدم التوسع في أحكام الشفعة كما تقدم .

٨٧ — الشرط الثانى : أنه تساوى أرض الشفع نصف فجة

المشترضى المشفوعة — يجب أن تساوى أرض الجار من الثمن نصف ثمن الأرض المشفوعة على الأقل .

والقصد من هذا الشرط منع المضاربة ، فقد كان مجرد المجاورة يكفى لطلب الشفعة بمقتضى نصوص المجموعة المدنية ، وكانت نتيجة ذلك أن كل البيوع تقريبا كانت تخول حق الشفعة ، وكان المضاربون يسمون للحصول على القطع الصغيرة جدا المحصورة بين عقارات أخرى ، وبواسطتها كانت تنهيا لهم فرص عديدة للشفعة ، فيحصلون من القطع الصغيرة أملاكا واسعة ، فلهذا اشترط قانون الشفعة هذا الشرط الخاص بالقيمة ^(٢) .

(١) لارن عمود فهمى ص ١٧٠ — ١٧٢ .

(٢) دى هلنس نبة ٧٠ .

ويجب التمويل على قيمة أرض الجار والأرض المشفوعة وقت الشفعة^(١) ،
لا على الثمن الذى اشتريا به^(٢) .
ولا يهتم مقدار المساحة^(٣) .

وإذا كانت الأرض المشفوع بها مملوكة لجهة أشخاص على الشيوع ،
وطلبوا جميعا أخذها بالشفعة ، فإن قيمة مجموع الأرض هى التى يجب اعتبارها ،
لا قيمة نصيب كل منهم^(٤) .

وقد قررت محكمة الاستئناف المختلطة^(٥) أن الجار المالك على الشيوع له
أن يستعمل حق الشفعة من غير حاجة لأن يشترك معه شركاؤه فى الملك ، ولا
يحتاج عليه ، إذا كانت الأملاك زراعية ، بأن قيمة حصته لا تساوى نصف ثمن
الأراضى المشفوعة على الأقل .

ونحن نوافق على هذا الحكم ، من حيث جواز شفعة الشريك فى
الملك^(٦) . ولكن لا نرى ما رأتها المحكمة من حيث عدم اعتبار قيمة حصة
الشريك الذى يطلب الشفعة ، لأن عبارة القانون تدل بوضوح على أن قيمة
أرض الشفع يجب أن تساوى نصف قيمة الأرض المشفوعة . وقد عدلت محكمة
الاستئناف المختلطة عن رأيها قضت بوجود مراعاة قيمة حصة الشريك^(٧) .

(١) دى هانس نبذة ٧٩ .

(٢) استئناف مختلط ١٤ مايو ١٩١٨ (٣٠ ص ٤٢٨) .

(٣) استئناف مختلط ٢٠ يونيو ١٩٠٤ (١٦ ص ٣١٣) — فتحى زغلول باشا
ص ٨٨ — دى هانس ٦٩ .

(٤) استئناف مختلط ٢ يونيو ١٩٠٤ (١٦ ص ٣١٣) ، ١٦ يناير ١٩١٣ (٢٥)
ص ١٣٩ .

(٥) ١٦ يناير ١٩١٣ للنظم .

(٦) راجع ماسبيج. نبذة ١١٣ .

(٧) راجع استئناف مختلط ٤ يونيو ١٩١٨ (٣٠ ص ٤٦٠) — فارن محمود فهمى
ص ١٧٣ .

٨٨ — التفرقة بين أراضي البناء والأراضي الزراعية — للتمييز بين

الأراضي الزراعية والأراضي المعدة للبناء ، لا ينبغي النظر الى كون العين المطلوبة بالشفعة محاطة بأراض مزروعة أو لا ، أو الى كونها يمت بالمتر أو بالقدان ، بل ينبغي الرجوع الى خريطة المدينة أو القرية ، ومعرفة ما اذا كانت هذه القطعة تدخل ضمن دائرتها أو لا ، فاذا اتضح أنها تدخل ضمن دائرة المدينة أو القرية فيجب اعتبارها من الأراضي المعدة للبناء ^(١) .

وقاضى الموضوع هو الذى يفصل فى ذلك على حسب الأحوال .

والذى يعتبر هو اعداد البائع الأرض للبناء ، لا اعداد المشتري لها . فاذا اشترى شخص أرضا زراعية لتقسيمها وبيعها للبناء فلا تثبت الشفعة الا اذا توافر شرط الجوار من جهتين ، لأنها تعتبر أرضا زراعية كما أعدها البائع ، ولا تعتبر من الأراضي المبنية كما يعدها المشتري .

ويؤخذ من نص المادة أنه يجب أن تكون الأراضي معدة للبناء وقت البيع ، فقد جاء فيها « اذا كان العقار المشفوع من المباني أو من الأراضي المعدة للبناء » ، ولم تقل المادة من الأراضي التى ستعد للبناء ^(٢) .

وقد قضى بأنه اذا كان المشفوع أرضا وصفت فى عقد البيع بأنها أرض زراعية ، وقلدت مساحتها بالقدان ، وكانت مؤجرة للزراعة ، ولا يزال يدفع المال عنها باعتبارها أرضا زراعية ، ولكنها كانت معدة لتقسيمها عاجلا الى قطع للبناء بحكم ملاصقتها للمباني وانتشار العمران بالجبهة التى بها ، جازت الشفعة فيها للجار ذى الحد الواحد باعتبارها أرض بناء ^(٣) .

(١) استئناف مختلط ١٩ يونيه ١٩١٥ المصرائع ٣ رقم ٢٨ من ١١٣ — راجع أيضا استئناف مختلط ٢٩ مارس ١٩٢١ (٣٣ ص ٢٤٠) — دى هلنس نبذة ٦٤ .

(٢) ذكى المرائى بك نبذة ٥٤ ص ٣٤ .

(٣) استئناف مختلط ٧ ديسمبر ١٩٢٦ (٣٩ ص ٤٩) المحاماة ٨ رقم ١٧٩ من ٢٣٥ الجداول المصبرى الأول للمحاماة رقم ١٠٠٠ .

وحكم بأن لوكانتة « ميناهوس » لا تعتبر داخلية ضمن دائرة المباني أو الأراضي المدة للبناء في المدن أو القرى المنصوص عليها في المادة ، لأنها متصلة من جهة بالصحراء ، ومن جهة أخرى بأراضي زراعية شاسعة تروى في أوقات دورية ^(١) .

وحكم بأنه لا تجوز الشفعة للجار من حد واحد في الأراضي المدة للبناء الا اذا كانت الأرض ببلدة أو قرية بحيث تكون جزءا من مجموعة مساكن ^(٢) .
وحكم بأنه يجب اعتبار الأرض زراعية rural ، ولو تحدد لها ثمن عال جدا قدر بالنذر ، لا بالقدان ، اذا كانت الأرض واقعة ضمن أراضي قرية خارج منطقة المباني agglomération batie بالقرية ، أو خارج منطقة المباني بأطراف المدينة banlieue d'une ville ، وفي هذه الحالة يجب توافر شرط الجوار من جهتين للأخذ بالشفعة ^(٣) .

وحكم بأنه من حيث الشفعة يعتبر القانون مبنياء urbains العقارات (المباني والأراضي) الواقعة في منطقة بناء dans une agglomération batie (مدينة أو قرية) ، بخلاف العقارات الزراعية ruraux التي يكون تخصيصها العام الحالي للزراعة لا البناء ، والتي تكون فيها المباني على مسافات ^(٤) .

وبأنه يجب تمييز أراضي البناء عن الأراضي الزراعية البحث عن تخصيصها الحالي ، وعما اذا كانت توجد في منطقة بناء dans une agglomération batie ، فكلما ظهر أن منطقة البناء هذه قريبة من قرية قريبا كافيا بحيث يمكن اعتبارها

(١) استئناف مخطط ٣١ مايو ١٩٠٦ (١٨ من ٣٠٩) — راجع أيضا ١٥ مارس ١٩٠٦ (١٨ من ١٥٤) .

(٢) استئناف مخطط ١١ يناير ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٤٠٠ من ٦١١ الجدول المصري الأول لمجلة المحاماة رقم ١٠٠١ .

(٣) استئناف مخطط ٣١ مايو ١٩٠٦ (١٨ من ٣٠٩) .

(٤) استئناف مخطط ١٥ مارس ١٩٠٦ (١٨ من ١٥٤) .

بالفعل ، ان لم يكن من الوجهة الادارية ، جزءا منها فان الشفعة تكون للجار الملاصق من جهة واحدة ^(١) .

وحكم بأن القانون يقصد عند كلامه في الأرض المدة للبناء التخصيص المحض الناشئ من موقعها الحالي في مدينة أو قرية ، لا التخصيص الشخصي الحقيقي الذي قد يكون احتماليا aléatoire ^(٢) .

٨٩ — الحالة الثالثة — وعبء من ارتفاع :

نصت المادة الأولى على أن حق الشفعة يثبت أيضا للجار المالك :
« اذا كان للأرض المشفوعة حق ارتفاق على أرض الجار أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المشفوعة » .

“Si pour le service du terrain vendu, une servitude est établie sur le terrain du propriétaire voisin, ou si celui-ci a un droit de servitude sur le terrain vendu, ..

ويشترط في هذه الحالة شرطان :

أولا — التلاصق من جهة .

ثانيا — أن يكون لأحد العقارين حق ارتفاق على الآخر .

٩٠ — الشرط الأول — التلاصق من جهة — يجب أن يكون

الشفيع جارا ، أي ملاصقا للأرض المشفوعة . وتكفي الملاصقة من جهة واحدة ^(٣) .
أما مجرد وجود حق ارتفاق لعقار على آخر فلا يعطى وحده الحق في الشفعة في حالة البيع ، بل لا بد أن يكون أحد العقارين ملاصقا للآخر ، لأن صاحب

(١) استئناف مخطط ٢٩ مارس ١٩٢١ (٣٣ ص ٢٠٤) .

(٢) استئناف مخطط ٣١ مايو ١٩٠٦ (١٨ ص ٣٠٩) .

(٣) استئناف مخطط ٢٩ مارس ١٩٢١ (٣٣ ص ٢٤٤) .

العقار المشفوع به لا يكون جاراً إلا بالملاصقة كما تقدم (١) .

٩١ - الشرط الثاني - أنه يكون لأحد العقارين من ارتفاع على الآخر - يجب أن يكون للعقار المشفوع حق ارتفاق على العقار المشفوع به ، أو العكس ، كأن يكون له حق المرور أو حق الشرب (٢) .

ولا فرق بين ما اذا كانت العقارات مبنية أو معدة للبناء أو زراعية ، في المدن والقرى ، أو ليست بها (٣) .

الأ أنه يجب أن يكون حق الارتفاق موجوداً وقت بيع العقار المراد أخذه بالشفعة (٤) .

٩٢ - للعقار المشفوع من ارتفاع على عقار الشفيع - حق الشفيع في الأخذ بالشفعة ظاهر في حالة ما يكون حق الارتفاق مقررًا على عقاره لمنفعة العقار المبيع ، فانه باستعمال حق الشفعة يخلص عقاره من هذا المبدأ .

(١) فتوى زغلول باشا ص ٨٨ - دى هلنس نبذة ٨١ - قانون استئناف مخطط ٢٧ فبراير ١٩٠٢ (١٤ ص ١٦٤) المجموعة الرسمية المخططة ٢٧ ص ١٦٦ .
(٢) استئناف مخطط ٢٧ فبراير ١٨٩٢ (١٦ ص ١٦٤) - ٢٨ ديسمبر ١٩٠٥ (٦٨ ص ٥٧) ، وقد جاء فيه أن وجود مسافة تأخذ ماءها من ترعة عمومية وتمر بأرض الشفيع ثم تجلب المياه إلى الأراضي المجاورة ، وهي للشفوعة ، تكون حق ارتفاق يترتب عليه إعطاء الحق في الشفعة - ١٢ يناير ١٩٠٩ (٢١ ص ١٠٧) ، وقد قرر هذا الحكم الأخير أن حالة الاشتراك في ترعة موجودة بين عقارين لا يمكن تشبيهها بحق الارتفاق المقرر على أحد العقارين لمنفعة العقار الآخر - راجع كذلك استئناف مخطط ٢٦ يناير ١٩١١ (٢٣ ص ١٤٨) ، ٢٣ مارس ١٩٢٠ (٣٢ ص ٢٢١) ، وقد جاء في هذا الحكم أن رى عقارين من مسافة واحدة أو جدت بتخصيص رب الأسرة ، وأصبح بعد تقسيم العقارات حق ارتفاق حقيقى ، يبرر في حالة بيع أحد العقارين استعمال الشفعة - استئناف أملى ٢٠ نوفمبر ١٩٠٧ المجموعة ٩ رقم ١١٠ ص ٢٥٥ - قانون ٢٧ فبراير ١٩٠٢ (١٤ ص ١٦٤) التقدم .

(٣) دى هلنس نبذة ٧٨ .

(٤) دى هلنس نبذة ٨٢ - استئناف مخطط ٥ مايو ١٩١٦ (٣١ ص ٢٨٣) .

وبالاحظ أن مصلحة الجار في تخليص ملكه لا تظهر تامة في حالة ما يكون الارتفاق مقررا لمنفعة عدة عقارات ، ويبيع أحد هذه العقارات ، كما يحصل ذلك بالنسبة لحق المرور أو الصرف ، فإن إزالة حق الارتفاق المقرر لمصلحة الأرض المبيعة لا يمنع بقاء الارتفاق لمصلحة الأراضي الأخرى . ولكن على كل حال يكون استعمال الجار حق الشفعة خطوة في سبيل تخليص عقاره من حقوق الارتفاق التي تثقله ^(١) .

ولما كان حق الشفعين مبنيًا هنا على كونه باستعماله الشفعة يزيل حق ارتفاق ، فإن سبب الشفعة ، وبالتالي حق الشفعين ، ينعدم إذا تنازل المشتري عن حق الارتفاق المقرر على أرض الشفعين .

وقد قضت المحاكم المختلطة والأهلية ، في كثير من القضايا ، بذلك ^(٢) .

غير أنه ليس للشفوع منه أن يتنازل عن حق الارتفاق بعد رفع دعوى الشفعة ، لأنه بعمله هذا يغير الحالة الموجودة والتأثير القانونية التي تترتب على رفع الدعوى ، فيحرم الشفعين من حق مكتسب يقره القانون وقام هو بالمطالبة به ^(٣) .

٩٣ — لعقار الشفعين من ارتفاق على العقار المشفوع — أما علة منح حق الشفعة في حالة ما يكون حق الارتفاق مقررا على العين المبيعة لمنفعة عقار الجار

(١) دى هلنس ٨٠ .

(٢) استئناف مخطط ١٥ مارس ١٩٠٦ (١٨ من ١٥٤) — ١١ يناير ١٩٢٧ (٣٩ من ١٤٢) المحاماة ٨ رقم ٤٠٠ من ٦١١ الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ١٠١٠ .

استئناف أهلي ١٣ ديسمبر ١٩٢٠ المحاماة ٢ رقم ٥٥ من ١٨٢ الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ٩٧٢ ، ٥ فبراير ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ١٠٠ من ٣١٥ الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ٩٧٣ — دى هلنس نبذة ٨٠ .

(٣) استئناف مخطط ١٠ مارس ١٩٢١ (٣٣ من ٢١٠) .

فغير ظاهرة ، لأن حق الارتفاق حق عيني ، ويبقى مقترنا بالمعار المقرر عليه هذا الحق ، مهما انتقل المعار المذكور من يد الى أخرى ، فلا يؤثر بيع المعار في وجوده ^(١) . غير أنه يجوز أن يكون الشارع أراد من منح حق الشفعة في هذه الحالة تخليص المعار المشفوع من حق الارتفاق الذي هو عبء ثقيل على حق الملكية .

٩٤ — اشتراك عقارات أخرى في حق الارتفاق — قضت محكمة

الاستئناف المختلطة ^(٢) بأنه اذا بنى طلب الشفعة على وجود حق ارتفاق بالصرف وجبت التفرقة بين للمصارف الخاصة التي تعطى حق الشفعة والمصارف مشتركة الانتفاع التي لا تخول هذا الحق ، لأن الشفعة بسبب وجود حق ارتفاق انما شرعت لازالة حق الارتفاق المقرر على أرض الشفيع لصالح الأرض المشفوع فيها أو العكس . فاذا كان حق الارتفاق مشتركا بين الشفيع والمشفوع منه وآخرين فلا تحول الشفعة دون بقاء حق الارتفاق لتعلق حق الغير به ، لأن الشفيع حتى لو صار مالكا للمعار لا يكون له الحق في ازالة المصرف ، ومن ثم لا يتحقق الفرض الذي من أجله قرر القانون حق الشفعة بسبب وجود حق ارتفاق ، فلا محل اذن للشفعة .

ونحن لا نوافق على ما قرره هذا الحكم ، فان القانون لم يشترط أن يكون حق الارتفاق الذي على عقار الشفيع مقرا لمصلحة المشفوع منه دون غيره ، وسبق أن قلنا ان استعمال حق الشفعة في مثل هذه الحالة يكون خطوة في سبيل تخليص المعار من عبء الارتفاق الذي يتقله ^(٣) .

(١) دى هتس نبنة ٧٩ .

(٢) ٨ ابريل ١٩٢٤ (٣٦ من ٢٩٩) المحاماة ٨ رقم ١٦٩ ص ٢٣١ الجدوله العمري الأول لجله المحاماة رقم ٩٩٩ .

(٣) راجع نبنة ٩٢ .

شرط التلاصق

٩٥ - التلاصق هو الشرط الأساسي في الشفعة بسبب الجوار -

يرى مما سبق خاصا بأحوال الجار أن الشرط الأساسي لاستعمال الجار حق الشفعة هو التلاصق المباشر بين عقاره والعقار المشفوع^(١).

وكل فاصل مهما كان صغيرا يكفي لمنع استعمال هذا الحق^(٢).

ويجب أن يكون التلاصق موجودا وقت طلب الشفعة^(٣).

وعلى الشفعين أن يثبت صفة كونه جارا ملاصقا وقت البيع، فإن لم يثبت التلاصق اثباتا كافيا فيجب رفض الشفعة^(٤).

ولتقدير ما اذا كان للشفعين صفة الجار الملاصق في وقت البيع الحاصل للمشفوع منه يرجع الى عقد تملكه الأصلي اذا لم يكن مطمونا فيه بالتدليس، وذلك بصرف النظر عن كل تاريخ ثابت^(٥).

ويثبت الجوار والملاصقة بالمعينة^(٦).

٩٦ - التلاصق في حالة تعدد العقارات المبيعة : اذا كان للبيع

عقارات متعددة تجب التفرقة بين ما اذا كانت العقارات منفصلا بعضها عن بعض أو كانت متصلة .

(١) استئناف مخطط ٢٠ ديسمبر ١٩٠٠ (١٣ ص ٦٣) .

(٢) استئناف مخطط ١٩ مارس ١٩٠٣ (١٥ ص ٢٠٢) ، ٣ يونيو ١٩١٥ (٤٧ ص ٣٨٨) ، ١٠ ديسمبر ١٩١٨ (٣١ ص ٥٧) .

(٣) استئناف مخطط ٢٠ فبراير ١٩٠٢ (١٤ ص ١٥٥) .

(٤) استئناف مخطط ٢٧ ديسمبر ١٩٠٦ (١٩ ص ٦١) ، ٢٦ نوفمبر ١٩٠٨ (٢١ ص ١٥) .

(٥) استئناف مخطط ٢٧ ديسمبر ١٩٠٦ (١٩ ص ٦١) — راجع ما مسيجي .
جبهة ١١١ .

(٦) قضي زغلول باشا ص ٨٩ .

فاذا كانت العقارات منفصلا بعضها عن بعض فيجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة العقارات التي توجد شروط الشفعة بالنسبة لها ، لا العقارات الأخرى التي لا تتوافر فيها شروط الشفعة ، والتي لا يمكن أن يستعمل حقه بالنسبة لها فيما لو بيعت مستقلة ^(١) .

غير أنه اذا كانت العقارات غير متصلة ، ولكنها مخصصة لعمل واحد أو لطريقة استغلال واحدة ، بحيث ان استعمال حق الشفعة بالنسبة لجزء منها يجعلها غير صالحة بالنسبة للباقي ، كما اذا بيعت قطع متفرقة من الأرض منفصل بعضها عن بعض ، وكانت معدة للارتفاع بما ينتج من محصولها في ادارة وابور للحلاجة القطن أو فاورية سكر ، فيجوز في هذه الحالة للمشتري أن يجبر الشفيع على أخذ كل الصفقة ، حتى لا يترك له أجزاء من المبيع لا تحقق الغرض الذي كان يقصده

(١) راجع استئناف أعلى ١٦ فبراير ١٩٠٧ المحاكم ٢٠ من ٤٢٢٦ الاستغلال ٦ من ٢٤٤ : اذا بيع في عقد واحد عقاران مستقلان عن بعضهما فطلب أخذ أحدهما بالشفعة لا يعد تجزئة للصفقة ، لأن الجمع بين البيعين في عقد واحد لا ينافي اتصاليهما قانونا .

واستئناف مخطط ١٠ ديسمبر ١٩١٨ (٣١ من ٥٧) : في حالة بيع بائعين ملكين مستقلين لمشتري واحد ولو أن هذين للملكين يكونان بعد البيع في يد المشتري ملكا واحدا فانه ليس للجار أن يستعمل الشفعة الا اذا ثبت أن الشروط التي يتطلبها القانون لاستعمال حق الشفعة متوافرة بالنسبة لكل من الملكين .

واستئناف مخطط ١١ يناير ١٩٢٧ (٣٩ من ١٤٢) المحاماة ٨ رقم ٤٠٠ من ٦١١ الجدول المعمرى الأول للمعاماة رقم ١٠٠١ : اذا اشترى جملة أشخاص بفد واحد عدة قطع من الأرض مفروزة معينة فالجار الذي يرغب في أن يشتع في كل هذه القطع يجب عليه أن يثبت توافر الشروط التي تحتملها القانون ، وذلك بالنسبة لكل قطعة ، وليس له أن يأخذ بالشفعة قطعة ليست مجاورة له بحجة أنها مجاورة لقطعة أخرى ملازمة .

راجع أيضا : الاسكندرية الابتدائية الأهلية ١١ فبراير ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٣١ من ٥٤٤ الجدول المعمرى الأول للمعاماة رقم ٩٨٥ — استئناف مخطط أول مارس ١٩٠٠ (١٢ من ١٤٣) ، ٤ يناير ١٩٠٦ (١٨ من ٩١) ، ٢٨ نوفمبر ١٩٠٧ (٢٠ من ٢٠) .

من الشراء^(١) .

وإذا شمل البيع جملة عقارات ، وكان مقدرا لها ثمن واحد ، فإن قيمة العقار المشفوع تقدر ، بواسطة تعيين خبراء ، بنسبة الثمن المقدر لكل الصفقة^(٢) ، مع مراعاة مساحة العقار المشفوع وموقعه وصقعه^(٣) .

وإذا كان بالأرض الزراعية المبيعة بناء ، وكان الشفيع غير محتاج إليه ، فليس له أن يطلب الأرض من غير البناء ، مع خصم قيمته ، بل يجب عليه أن يأخذ بالشفعة كل ما هو داخل في الشراء^(٤) .

أما إذا كانت العقارات المبيعة متصلة ، فيجب على الشفيع أن يأخذ كل العقارات .

وكذلك الحال فيما إذا كانت العقارات المبيعة بعضها متصل وبعضها غير متصل . غير أنه يجب مراعاة ما تقدم ذكره في حالة ما إذا كان الغرض من

(١) دى هلنس نبذة ٩٥ ، ٧١ — فتى زغلول باشا ص ٩١ — الاسكندرية الابتدائية الأهلية ١١ فبراير ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٣٩ ص ٥٤٤ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ٩٨٥ .

(٢) راجع استئناف ١٢ يناير ١٩٠٤ الاستقلال ٣ رقم ٦٥ ص ٢٦ : متى كان طلب الشفعة مختصا بجزء فقط من الأرض المبيعة صفقة واحدة مع كونها مؤلفة من عدة قطع متفاوتة الأثمان فيختلف بالضرورة عرض الشفيع في مقدار الثمن بالنسبة للثمن الاجالى الوارد في عقد البيع ، وفي هذه الظروف يتعين على المحكمة النظر فيما إذا كان الغرض لتمام لا ، ولها الحق للوصول لهذا الغرض في أن تعين خيرا لتقدير قيمة الأطلان المشفوع فيها ، وإذا تراءى للمحكمة حيثئذ لياقة الغرض فيتعين عليها اعتبار سمته .

واستئناف مخطط ٢١ مايو ١٩٠١ (١٣ ص ٣٠٩) : في حالة بيع قطعتى أرض إذا كان ثمن القطعة الخاضعة لحق الشفعة قد زيد زيادة جسيمة على حساب القطعة الأخرى غير الخاضعة للشفعة بقصد منع استعمال هذا الحق من غير أن يزداد ثمن البيع الاجالى فإن للقاضي أن يحدد الثمن الحقيقى المستحق من الشفيع .

(٣) دى هلنس نبذة ٢٧ — استئناف مخطط ١٠ يونيو ١٩٢٤ (٣٦ ص ٤٢٤) ، ٥ ديسمبر ١٩٠١ (١٤ ص ٣٣) .

(٤) استئناف مخطط ١٥ مارس ١٩٠٦ (١٨ ص ١٥٤) — دى هلنس نبذة ٩٨ .

الصفقة عملا واحدا^(١) .

٩٧ - مجرد المجاورة لا يكفي - يرى أيضا مما تقدم خاصا بالجيران أن قانون الشفعة لا يكفي بمجرد التلاصق ، بل يشترط شرطا آخر ، وهو أن يكون العقار المشفوع من المباني أو الأراضي الملتصقة للبناء في المدن أو القرى ، أو أن يكون متلاصقا من جهتين ، أو أن يكون له أو عليه حق ارتفاق ، وهذا خلافا لأحكام المجموعة المدنية التي كانت تكفي بمجرد التلاصق كما تقدم .

٩٨ - انعدام التلاصق - رأينا فيما تقدم أنه يجب في كل الأحوال أن يكون عقار الشفيع ملتصقا بالعقار المشفوع ، والا فلا يعتبر جارا^(٢) .
وينعدم الالتصاق في الأحوال الآتية :

(١) بوجود قطعة أرض مملوكة للغير بين العقار المشفوع والعقار المشفوع به^(٣) .

(ب) بوجود قطعة أرض مملوكة للبائع بين العقارين . فيجوز مثلا للبائع أن يحتفظ - اذا وجد مصلحة له في ذلك - بجزء من الأرض ، بين الأرض التي يبيعها وأرض الجار ، ولا يمكن أن يوصف عمله هذا بأنه مخالف للقانون ، الا في الحالة التي يحتفظ فيها بقطعة صغيرة من الأرض لم تترك الا بقصد منع الشفعة^(٤) .

أما في الحالة التي تكون فيها القطعة المتروكة حقيقية ، وتبقى مقيدة باسم البائع ، ويدفع عنها الضرائب ، فلا شفعة لعدم التلاصق^(٥) .

(١) فتوى زغلول باشا ص ٩٢ .

(٢) استئناف مخطط ٢٩ مارس ١٩٢١ (٣٣ ص ٢٤٤) .

(٣) استئناف مخطط ٢٧ مارس ١٩٠٢ (٢٤ ص ٢٣٢) .

(٤) استئناف مخطط ٧ فبراير ١٩٠١ (١٣ ص ١٤١) ، ٢٠ فبراير ١٩٠٢ (١٤ ص ١٥٥) .

(٥) استئناف مخطط ٢٠ فبراير ١٩٠٢ (١٤ ص ٥٥) - راجع أيضا البند التالية .

(ج) بوجود طريق عمومي أو ترعة عمومية أو مصرف عمومي^(١) .
ولكن الطرق والترع والمصارف المخصصة للملوكة للبائع أو للشفيع لا تمنع
الشفعة ، لأنها تبقى مملوكة لمن أنشأها وتتبع الأرض . فان كانت مملوكة للغير
فإنها تمنعها^(٢) .

(١) استئناف مختلط ٢٧ مارس ١٩٠٢ (١٤ ص ٢٣٢) ، ٢٢ مايو ١٩٠٢ (١٤ ص ٣١٥) المجموعة الرسمية المختلطة ٢٧ ص ٣٢٢ ، ٢٥ ابريل ١٩٠٧ (١٩ ص ٢٢٣) ، ١٦ ابريل ١٩٠٨ (٢٠ ص ١٩٠) .

راجع أيضا ١٠ ديسمبر ١٩١٨ (٣١ ص ٥٧) : لا شفعة للجار الذي يفصل عقاره عن
العقار المبيع ترعة معدة لخدمة عدة قرى وتطهر سنويا بمعرفة الحكومة ، فهي ترعة عمومية
وتمنع التلاصق .
(٢) قضي زغلول باشا ص ٨٧ .

راجع المطارين الجزئية ١٣ اكتوبر ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٣٩١ ص ٧٨١ الجدول
المصري الأول للمحاماة رقم ٩٨٦ : ان الطرق المخصصة التي يحدتها المالك في أرضه
لتجزئتها ويسمى قطعاً منفصلة عن بعضها تعتبر فاصلاً مانعاً من الأخذ بالشفعة .

واستئناف مختلط ٢٥ ابريل ١٩٠٧ (١٩ ص ٢٢٣) : اذا حصل عند بيع جزء من
الأرض أن البائع والمشتري تعهدا بترك مسافة تبقى من غير بناء ، ويؤخذ جزء منها من الأرض
البيعة وجزء من الباقي من أرض البائع ، فالهنا الشرط الذي لا يتضمن ترك ملكية الأرض
التي يجوز للمقدين أن ينتفعا بها أي انتفاع يريدانه لا يزيل التلاصق ، فيبقى حق الشفعة .

واستئناف مختلط ٢٣ مارس ١٩٢٠ (٣٢ ص ٢٢١) : اذا كانت التركة المشتركة بين
الجارين لا يمكن ازلتها الا برضاء الغير فإنها تمنع التلاصق وتحول دون استعمال حق الشفعة —
راجع أيضا ١٩ مارس ١٩٠٣ (١٥ ص ٢٠٢) .

واستئناف مختلط ٧ ديسمبر ١٩٢٦ (٣٩ ص ٤٩) المحاماة ٨ رقم ١٧٩ ص ٢٣٥
الجدول المصري الأول للمحاماة رقم ١٠٠٠ : لا يحول الطريق الخاص المملوك للشفيع والمشفوع
منه دون حق الشفعة . ولكن الأمر يصبح بالعكس في حالة قسمة مساحة واسعة الى قطع بقدر
عدد الشركاء اذا بقي هؤلاء شركاء على الشيوع في الطرق التي أنشئت وفقاً لعقد القسمة .
فلا شفعة في هذه الحالة ، لأن هذه الطرق لا تزال في حالة الشيوع التي كانت عليها ، فتبقى
مملوكة لمجموع النفاصين الذين يستعملون حق المرور فيها بمقتضى حق ملكيتهم ولها ذاتية
مستقلة عن الأملاك المتصلة بها .

راجع أيضا استئناف مختلط ١٩ مارس ١٩٠٣ (١٥ ص ٢٠٢) ، ٢٧ مارس ١٩٠٢
(١٤ ص ٢٣٢) ، ١٠ ديسمبر ١٩١٨ (٣١ ص ٥٧) .

وإذا كانت الأرض التي تفصل بين عقار الشفيع وعقار الشفوع منه مملوكة لهذا الأخير ، وما دام أنها لم تكن داخلة في البيع الذي بسببه استعملت الشفعة ، فلا محل للشفعة لعدم توافر شرط التلاصق ^(١) .

٩٩ — استعمال الحيل لمنع الشفعة — قد يستعمل البائع والمشتري بعض الحيل لاسقاط حق الشفعة ، كأن يترك قطعة أرض صغيرة تحول بين الأرض المبيعة والأرض الشفوع بها ، أو كأن يبيع شخص عقارا لآخر ، ولكي يمنع الشفعة يهبه الجزء المجاور للشفيع . وسنبين أحكام ذلك في الشريعة الإسلامية ، ثم في القانون .

١٠٠ — في الشريعة الإسلامية — ذكر فقهاء الشرع وجوها كثيرة من الحيل التي تستعمل لحرامات الشفيع من استحقاق الشفعة ، واختلفوا في جوازها .

فن رأى أبي حنيفة والشافعي أنه يجوز الاحتيال لاسقاط الشفعة ، وهي من الحقوق غير المستحقة .

ومن رأى مالك وأحمد عدم جواز الاحتيال على اسقاط الشفعة .

ووجه الرأي الأول استنباط الحيلة من الكتاب والسنة .

ويقول أصحاب الرأي الثاني ان الحيلة إنما هي رخصة لضعفاء المؤمنين ^(٢) ، والتعجيل لابطال الشفعة مناقض للفرض المقصود منها ، لأن الشفعة شرعت لدفع الضرر ، فلو شرع التعجيل لابطالها لكان عودا على مقصود الشريعة بالابطال ، ويلحق الضرر الذي قصد ابطاله .

ومن الحيل التي ذكرها ^(٣) :

(١) استثناف مختلط ٢٠ ديسمبر ١٩٠٠ (١٣ من ٦٣) .

(٢) الميزان للشراني ٢ ص ٨٧ .

(٣) راجع اعلام الموقعين ٣ ص ٢٢٩ وما بعدها .

(١) أن يتفقا على مقدار الثمن ، ثم عند العقد يصبره صبرة غير موزونة ، فلا يعرف الشفيع ما يدفع . وقالوا اذا فلا ذلك فللشفيع أن يستحلف المشتري أنه لا يعرف قدر الثمن ، فان نكل قضى عليه بنكوله ، وان حلف فللشفيع أخذ الشقص بقيمته .

(ب) أن يهب الشقص للمشتري ، ثم يهبه المشتري ما يرضيه . وهذا لا يسقط الشفعة ، وهو بيع ، وان لم يتلفظا به ، فله أن يأخذ الشقص بنظير الموهوب .

(ج) أن يشتري الشقص ويضم اليه سكيناً أو منديلاً بألف درهم قصير حصة الشقص من الثمن مجهولة . وقالوا ان هذا لا يسقط الشفعة ، بل يأخذ الشفيع الشقص بقيمته ، كما لو استحق أحد العوضين وأراد المشتري أخذ الآخر فانه يأخذ بحصته من الثمن ان اقسام الثمن عليها بالأجزاء ، والا بقيمته . وهذا الشقص مستحق شرعاً ، فان الشارع جعل الشفيع أحق به من المشتري بشئنه ، فلا يسقط حقه بالحيلة .

(د) أن يشتري الشقص بألف وهو يساوى مائة ، ثم يرثه البائع من تسمائة ، وهذا لا يسقط الشفعة ، ويأخذه الشفيع بما بقى من الثمن بعد الاسقاط وهو الذي يرجع به اذا استحق المبيع .

(هـ) أن يشتري جزء من الشقص بالثمن كله ، ثم يهب له بقية الشقص . وهذا لا يسقطها ويأخذ الشفيع الشقص كله بالثمن ، فان هذه الهبة لا حقيقة لها ، والموهوب هو المبيع بعينه ، ولا تغير حقائق العقود وأحكامها التي شرعت فيها بتغير العبارة .

١٠١ - في القانون - قد تضاربت أحكام المحاكم أيضاً في جواز التحايل لاسقاط الشفعة .

١٠٢ - أمطام المحاكم الأهلية - قررت بعض المحاكم الأهلية أن قواعد القانون تقضى بعدم اعتبار الحيل التي يكون القصد منها اسقاط الحقوق .

فاذا باع أحد عقارا الا جزءا صغيرا منه^(١) مجاورا للشفيع بقصد منعه من الأخذ بالشفعة ، بحجة أن ما هو مجاور له لم يبع ، وكان ذلك الجزء مما لا يمكن الانتفاع به ، كان هذا العمل حيلة غير جائزة ، وتحكم المحكمة بحق الشفعة^(٢) ، لأن القانون متى أعطى حقا لشخص فلا يجوز سلبه منه بحيلة من الحيل^(٣) .

وقرر البعض الآخر من المحاكم أنه اذا كان الجوار غير متصل فلا شفعة ، ولا يجوز الاحتجاج بأن هناك حيلة لمنع الشفعة ، كعدم بيع الجزء الصغير المجاور

(١) ثمن فدان (حكم ٦ يناير ١٩٠٣) — شريط من الأرض رفيع طويل لا يصلح للانتفاع به (حكم طنطا ١٦ يونيه ١٩١٨) .

(٢) استئناف أول ديسمبر ١٨٩٦ (دائرة حامد محمود بك ومسيو دى هلنس وقاسم أمين بك) الحقوق ١٢ ص ٩ ، ٦ يناير ١٩٠٣ (دائرة سعد زغلول بك ومستر هالتون ومستر سنانو) المجموعة ٤ رقم ٧٢ ص ١٦٧ الفهرست المصرية الأولى للمجموعة ٨٦٥ الحقوق ١٨ ص ١٨٠ الاستقلال ٢ رقم ١٣٦ ص ١٦٣ .

(٣) ١٠ يونيه ١٩٠٢ الحقوق ١٧ ص ٢٤٢ الاستقلال ١ ص ٣٧٠ .

راجع أيضا حكم بنى سوف استئناف ٦ مارس ١٨٩٨ (دائرة مظفر بك والقاضى ابراهيم أمين والقاضى وهبه حنا) الفضا ٥ ص ٢١٨ الحقوق ١٣ ص ٢٥٠ . وقد قرر : أن الشفعة حق مدنى كالحقوق لا يجوز لأحد استعمال الحيلة لاسقاط حق غيره فيها ، من ذلك ما اذا ترك البائع لنفسه الجزء المجاور للشفيع ولم يمه الا بعد بيع باقى العين المشفوعة بزمان قليل بدون أن يبين السبب .

طنطا الابتدائية ١٦ يونيه ١٩١٨ (دائرة القضاة مصطفى النحاس ويوسف مينا وجبال الدين أباطه) المجموعة ٢٠ رقم ٤٣ ص ٥١ الفهرست المصرية الثانية للمجموعة رقم ٩٦٢ الحقوق ٣٤ ص ١٨٧ : ان استعمال الحيلة لاسقاط حق الشفعة غير جائز ، مثل ما لو ترك البائع جزءا من الأرض الميعة رفيعا طويلا فى ملكيته لأجل منع ملاصقة الجوار ، مع أن الجزء المذكور لا تقع منه للبائع بعيء .

واستئناف مصر الأهلية ٢٧ يونيه ١٩٢٨ (دائرة حسين درويش باشا ومصطفى محمد بك واترى أبو المز بك) المحاماة ٨ رقم ٥٦٨ ص ٩٣٥ الجدول المصرى الأول للمعاملة رقم ١٠٠٢ ، وقد جاء فيه : بالرغم من ترك جزء من الأرض دون بيع للحيلولة بين الأرض المشفوع بها والأرض المشفوع فيها يتبدر الشفع جارا له حق الشفعة فى الأرض الميعة .

راجع فتحى زغلول باشا ص ٨٧ .

للتفيع منعا للجوار ، لأن هذه الحيلة جائزة شرعا ، والشرعية الفراء أساس حق الشفعة^(١) .

١٠٣ — أملاك المحاكم المختلطة — صدرت أحكام عدة من المحاكم المختلطة قضت أيضا بأنه اذا باع شخص أرضا ، وأبقى منها لنفسه قطعة صغيرة ، فمن حيث ان مساحة تلك القطعة ليست حقيقية ، بل هي وهمية ، فلا يمكن اعتبارها كفاصل بين العقارين الواقعة هي على حدتها ، وإبقاؤه القطعة المذكورة على ذمته لا تتصف به صفة عمل صحيح معتبر ، بل صفة احتيال وغش مغاير للقانون في حق من له الأخذ بالشفعة^(٢) . أما اذا كانت قطعة الأرض حقيقية ، وبقيت على ذمته ، فانها تمنع من الشفعة^(٣) .

١٠٤ — رأينا — وعندنا أن الرأي الأخير هو الذي يجب العمل به ،

(١) استئناف ٤ يناير ١٨٩٨ (دائرة مستر بوند ويحيى ابراهيم بك ومستر بلاتون) الحقوق ١٣ ص ١٥٩ القضاء ٥ ص ٢٩٢ .

راجع أيضا دشنا ٢٩ مارس ١٨٩٩ (القاضي أحمد محمود) الحقوق ١٤ ص ٥٢٣ ، وقد جاء فيه :

ان حق الشفعة هو حق ضعيف جدا ، وقد أوجدهت الفرية الفراء دون باقي الفرائع لمنع ضرر موهوم ، وهو اتقاء شر الجار الجديد ، الذي ربما تكون مجاورته للتفيع تعود عليه بالضرر ، وربما يكون أقل ضررا من قبله ، ولأجل ذلك قد ضيقت الفرية الفراء في اكتساب هذا الحق ، وأباحت الحيلة للتخلص منه ، ومن طرق الحيلة ترك الجزء المجاور للتفيع من العقار المبيع بدون بيع وبيع الباقي ، فان هذا الجزء مهما قل ، حتى ولو كان شبرا ، يمنع شفعة الجار لأنه باق حكما في ملكية المالك الأصلي يستطيع أن يبيعه ثانية ، فيكون فيه شفعة ، ويستطيع أن يبيعه أو يرثه ، واذا ذاك فلا شفعة فيه .

(٢) استئناف مختلط ٢٥ فبراير ١٨٩٢ (٤ ص ١٣٦) ، ١١ مارس ١٨٩١ (٣ ص ٢٣٢) ، ٧ فبراير ١٩٠١ (١٣ ص ١٤١) ، ٢٠ فبراير ١٩٠٢ (١٤ ص ١٥٥) ، ٢٥ أبريل ١٩٠٧ (١٩ ص ٢٢٣) ، ٣٠ يونيو ١٩١٥ (٢٧ ص ٣١٨) — قارن ١٤ نوفمبر ١٨٩٤ (٧ ص ٨) .

(٣) استئناف مختلط ٢٠ فبراير ١٩٠٢ (١٤ ص ١٥٥) المجموعة الرسمية المختلطة ٢٧ ص ١٥٦ .

فالشفعة حق مدني مقرر في القانون ، ومتى كان الأمر كذلك فإنه لا يجوز التحايل على إسقاطه ، كما هو الحال بالنسبة لسائر الحقوق المدنية . ولورجنا الى أحكام الشريعة فإننا نجد كما تقدم كثيرا من الفقهاء لا يقر استعمال الحيل لإسقاط هذا الحق . فإذا باع شخص عقارا لآخر ، ولكن يمنع الشفعة وهبه الجزء المجاور للشفيع ، فإنه يكون للشفيع الحق في أن يثبت أن العقد بيع ، وأما الهبة فقد التجيء إليها بقصد منعه من الشفعة ، كأن يثبت أن الثمن للتمنق عليه مناول لقيمة العقار الحقيقية بما في ذلك الجزء الموهوب ^(١) .

ولما كان التحايل غشا فيجوز اثباته بكل الطرق القانونية ، بما في ذلك الاثبات بالبينة وبالقرائن ^(٢) .

ملكية الجار

١٠٥ - يجب أنه يكونه الجار مالكا - فإذا لم يكن الجار مالكا ، كما إذا كان صاحب حق انتفاع ، أو حق استعمال ، أو كان مستأجرا فلا شفعة له ^(٣) .

ولا يحتاج بالمادة ٢ من قانون الشفعة التي تعتبر صاحب حق الانتفاع شريكا ، لأن نصها مقصور على حالة من له حق الانتفاع في العقار المشفوع ، لا في العقار المشفوع به ^(٤) .

١٠٦ - الجار مالك على السبوع - راجع نبذة ١١٣ .

١٠٧ - هل للجار أنه يشفع في مهصة يمت على السبوع ؟
قررت محكمة الاستئناف المختلطة أن حق الجار في الشفعة لا ينحصر في

(١) دى هلنس نبذة ٧٦ - قضي زغلول بإشأ ص ٨٨ .

(٢) زكي الرابي بك ص ٣٢ نبذة ٤٩ .

(٣) فورجير ص ٣١٠ - راجع نبذة ٨٣ بخصوص المختكر .

(٤) ذهني بك « في الأموال » نبذة ٤٨٩ ص ٦٨٠ .

العقارات المفروزة المحدودة ، ولكنه يكون أيضا في الحصة الشائعة في العقارات التي يكون مجاورا لها ، غير أنه في هذه الحالة لا يمكن الجار أن يستعمل حقه الا اذا تنازل الشركاء في الملك الشائع عن حقه ، أو اذا سقط حقه فيها ، لأن الشريك في الملك مقدم على الجار كما تقدم ^(١) .

ويرى الأستاذ زكي العرابي بك عكس هذا الرأي ، اذ يقول ان الشفعة هنا هي بسبب الجوار ، وهو غير مؤكد في هذه الحالة ، لأن بيع الحصة المشاعة هو في الحقيقة بيع ما ستؤول اليه هذه الحصة بعد القسمة ، وما الشيوع الا حالة وقفية لحين الفرز ، وقد تؤول الحصة المبعة الى جزء غير مجاور للشفيع ، ولذلك فان حق الجار في الشفعة يكون موقوفا على نتيجة القسمة ، فاذا آلت الحصة المبعة الى جزء مجاور له ثبتت الشفعة ، والا فلا ، لأنه لا يكون جارا لما يقع في الجانب الآخر ، وليس في قانون الشفعة ما يفيد أن حق الشفعة هنا هو حق بات ، والشفعة حق استثنائي لا يجوز التوسع في تأويله ^(٢) .

ونحن نختلف رأي الأستاذ زكي العرابي بك ، ونرى رأي المحكمة المختلطة ، لأنه وقت بيع الحصة الشائعة في العقار الملازم لعقار الجار الشفيع يكون شرط الجوار متوافرا ، اذ أن الحصة المبعة تكون شائعة في كل أجزاء العقار الملازم للجار الشفيع ، وليس في القانون ما يقضى بأن يتوقف حق الجار على نتيجة القسمة . وقد لا تطلب القسمة ، فيضيع النرض الذي من أجله شرعت الشفعة . وقد تطلب القسمة وتؤول الحصة المبعة الى جزء مجاور ، ولكن بما أن للقسمة أثرا رجحيا فيعتبر مشتري الحصة الشائعة أنه كان دائما مالكا للجزء المجاور الذي آل اليه ، واذا لم يكن الجار قد طلب الشفعة عند البيع — وما كان يمكنه ذلك بحسب رأي الأستاذ العرابي بك الذي يقول بوقف حق الشفيع حتى تحصل القسمة —

(١) ٦ ابريل ١٨٩٩ (١١ ص ١٨٢) ، ٦ ديسمبر ١٩٠٠ (١٣ ص ٤٩) ،

١٦ ابريل ١٩٠٣ (١٥ ص ٢٤٥) .

(٢) زكي العرابي بك نبذة ٥٨ ص ٣٥ — ٣٦ .

تكون النتيجة أن المشتري يدفع بسقوط حق الجار الشفيع لعدم مطالبته بالشفعة في ذلك الوقت ، كما يقضى بذلك القانون ^(١) .

١٠٨ — ليس لغير الشفعاء المذكورين في القانون هو الأخذ

بالشفعة — ان النرض الذى قصده القانون من الشفعة هو حصرها فيمن يحتمل أن يلحقهم ضرر من انتقال العين المشفوعة ، وقد بينهم القانون بمراتبهم ، فأباح لهم دفعا لهذا الضرر المحتمل ، أن يأخذوا الصفقة لأنفسهم ، فيحلوا محل المشتري على الرغم منه ومن البائع ، ولذا لا يمكن لغير الشفعاء الذين عينهم القانون أن يستفيد من ذلك الحق الاستثنائي ، لا مباشرة ولا بطريق التحايل ^(٢) .

ملكية الشفيع

١٠٩ — يجب أنه يكونه الشفيع مالا — يشترط في الشريعة الاسلامية ^(٣) ، وفي القانون ، أن يكون الشفيع ، وقت شراء العقار المراد أخذه بالشفعة ، مالكا للعقار المشفوع .

والقانون صريح في هذا الشرط ، قد أعطت المادة الأولى من قانون الشفعة حق الشفعة للشريك الذى له حصة ثالثة في العقار المبيع Copropriétaire indivis ، أى الشريك فى الملك المشاع ، وكذلك للجار المالك propriétaire voisin ، وخولته المادة لمالك الرقبة le nu propriétaire .

ولكن بطريق الاستثناء أعطى القانون حق الشفعة لصاحب حق الانتفاع

(١) ويقول الدكتور محمود فهمي (ص ١٧٠) ان هذا الاستاذ زكى الرايى بك صحيح من حيث النطق والقانون البحث ، ولكن من الوجهة العملية رأى القضاء أقل تقيدا وأكثر فائدة .

(٢) طعنا الاجتثاثية ٢٢ ابريل ١٩١٨ (دائرة القضاء مصطفى النحاس ويوسف مينا وجمال الدين أباطه) الحقوق ٣٤ ص ١٤١ المجموعة ٢٠ رقم ٢٣ ص ٢٧ .

(٣) الباعث ٥ ص ١٤ — المجلة للمادة ١٠١٨ .

celui qui a un droit d'usufruit كما تقدم^(١).

فلو أوصى لرجل بدار، ولم يعلم حتى يبعث دار بجنبها، ثم قبل الوصية، فلا شفعة له، لأنه حين البيع لم يكن قد تملك الدار المشفوع بها، إذ لا يملكها إلا بقبوله الوصية.

أما لو مات قبل أن يعلم بالوصية، ثم يبعث الدار بجنبها، فادعى الورثة شفعتها، فلهم ذلك، لأن موته صار بمنزلة قبوله^(٢).

وان لم يكن يد الشفيع سند، أو كان العقد الذي قلناه لا يثبت حق ملكيته ثبوتاً كافياً^(٣)، فإنه يجوز له الإثبات بوضع اليد المعروف بالشهرة من زمن قديم *quasi immémoriale*^(٤).

ولا شفعة للشخص بدار يسكنها بالاجارة أو الاعارة ولا بدار باعها قبل الشراء ولا بدار جعلها مسجداً، لأنه في كل هذه الأحوال لا يكون مالكا^(٥).

وقد حكم بأن المستفيد *bénéficiaire* في عقد وصف بأنه بيع وفاء، والواقع أنه رهن مستتر بقصد تجنب أحكام القانون، لا يمكنه، استناداً على هذا العقد، أن يستعمل حق الشفعة بصفته جاراً، لأن الشرط الأول للشفعة هو اثبات صفة المالك وقت بيع العقار المشفوع^(٦).

وحكم بأنه إذا وقع خلاف بين البائع والمشتري، وكان خلافاً جدياً من شأنه أن يهدد بفسخ العقد الابتدائي، مثل الخلاف على مقاس الأرض المبيعة، فإن

(١) نية ٧٢ وما بعدها.

(٢) الفتاوى الهندية ص ١٦٤ — الحانية ص ٥٥٤ — سليم بلز على المادة ١٠١٨ من المجلة.

(٣) راجع استئناف مخطط ٢٤ يناير ١٩٠٥ (١٧ ص ١٠٢).

(٤) قضى زغلول باشا ص ٨٩.

(٥) المجلة المادة ١٠١٨ — البتائع ص ١٤.

(٦) استئناف مخطط ٣١ مايو ١٩٠٦ (١٨ ص ٣١٤).

المشترى لا يستطيع الادعاء بأنه صار مالكا من تاريخ هذا العقد، وأنه بناء على ذلك يمكنه أن يشفع في العقار المجاور المبيع قبل تسوية الخلاف المتقدم وقبل الشروع في تحرير عقد البيع النهائي^(١).

١١٠ — يجب أنه تكونه ملكية الشفع سابقة على البيع — لا تقبل الشفعة الا اذا كان ملك الشفع لما يشفع به سابقا وجوده وثبوته على ملك المشفوع عليه للعقار الذي يرغب أخذه بالشفعة^(٢).

ولا ثبوت للشفعة بما يتجدد ملكه للشفع بعد امتلاك المشفوع عليه . ولا شفعة اذا باع الشفع العقار الذي يشفع به أو جله وقفا^(٣).

لحق الشفعة ينشأ بسبب بيع أحد العقارات ، وفي وقت هذا البيع ، ولمصلحة الشفاء الحاليين وحدهم ، فلا يكون لمن يتلقون الحق عنهم بصفة خاصة أو بصفة عامة *à titre universel ou particulier*^(٤).

١١١ — إثبات أسبقية ملك الشفع — على الشفع إثبات كونه مالكا وقت شراء العقار المراد أخذه بالشفعة ، أى قبل تملك المشفوع عليه ، لا بعده^(٥).

(١) استئناف مخطط ٢٢ يونيو ١٩٢٠ (٣٢ ص ٣٦٢) .

(٢) استئناف أهلكى ١٧ مايو ١٨٩٤ (دائرة أحد عقين بك وعمر رشدى بك وكوريت بك) (الحقوق ٩ ص ٢٠٢ — استئناف مخطط ١٦ يونيو ١٩٠٤ (١٦ ص ٣٣٥) ، ١٠ مايو ١٩٠٦ (١٨ ص ٢٤٩) ، ٢٧ ديسمبر ١٩٠٦ (١٩ ص ٦١) ، ٢٨ نوفمبر ١٩٠٧ (٢٠ ص ٢٠) ، أول مارس ١٩٢١ (٣٣ ص ١٨٩) .

(٣) استئناف مخطط ١٨ مايو ١٩٠٥ (١٧ ص ٣١٦) — البائع ٥ ص ١٤ .
(٤) استئناف مخطط ١٠ مايو ١٩٠٦ (١٨ ص ٤٩) ، ٢٧ ديسمبر ١٩٠٦ (١٩ ص ٦١) ، ٢٨ نوفمبر ١٩٠٧ (٢٠ ص ٢٠) — راجع الآراء المختلفة عن توارث حق الشفعة .

(٥) استئناف مخطط ٢٦ نوفمبر ١٩٠٨ (٢١ ص ١٥) ، ٢٠ فبراير ١٩٠٢ (١٤ ص ١٥٥) (المجموعة الرسمية المختلطة ٢٧ ص ١٥٦) .

ويرجع في اثبات هذه الأسبقية الى التاريخ الحقيقي للملكية الشفيع^(١) ، وهو ما يصح اثباته بكل طرق الاثبات .

وليس الشفيع مقيدا بالطرق المدونة في المادة ٢٢٩ مدني لاثبات التاريخ^(٢) .

١١٢ - بقاء ملكية الشفيع لحين الاخذ بالشفعة - يشترط أن يبقى الشفيع مالكا للعقار المشفوع به حتى يتملك المشفوع بالقضاء أو الرضاء^(٣) .

ولا يهم زوال ملكيته بعد ذلك ، لأنه بالقضاء أو بالرضاء يصبح مالكا نهائيا للعقار المشفوع (المادة ١٨ من قانون الشفعة) .

وهذا هو حكم الشريعة الاسلامية أيضا ، فقد جاء في حاشية الشلبي^(٤) :

(١) نبة ١١٠ .

(٢) راجع الزقازيق الاجداثية ٣ فبراير ١٩٢١ (دائرة محمد مراد سيد أحمد بك ومحمد ذكي خليل بك والقاضي محمد عبد الرازق) المجموعة ٢٣ رقم ٩١ ص ١٤٠ : « وحيث ان المادة ٢٢٨ مدني الواردة في باب اثبات الديون واثبات التخلص منها قضت بما يأتي (لكنها ، أي المحررات غير الرسمية ، لا تكون حجة على غير المتعاقدين الا اذا كان تاريخها ثابتا ثبوتا رسميا) ... »

« وحيث ان العقود التي تحصل أمام مأموري العقود تاريخها يثبت بطريقة قاطعة . أما العقود العرفية فيمكن العاقدان أن يضما لها تاريخا سابقا على تاريخ حصولها ، وهذا الخطر لا يقع بطبيعة الحال على من لم يكن طرفا في العقد ولا على المتعاقدين الملزمين باحترام ما تعاقدوا عليه ، بغض النظر عن تاريخ العقود ، انما يقع على من تلقى حقا من شخص تعاقد بعد ذلك مع آخر وجعل لتعاقد تاريخا أسبق من تاريخ التعاقد الأول ، ليحرم بذلك التعاقد الأول من ثمره ما تعاقد عليه كله أو بعضه ، وهو ما أراد الشارع تلفيه بالنس على ضرورة اثبات التاريخ . »

« وحيث ان الشفيع يتلقى ملكيته من شخص ، والشفوع منه يتلقاها من آخر ، وحق ملكية كل منها منصب على عين خلاف العين المنصبة عليها ملكية الآخر ، ولا علاقة تربطها ببعض ، وهما وان كانا أجنيين عن بعضهما فان الشفيع ليس من طبقة من متمم المادة ٢٢٨ بشر المتعاقدين ، ولذا فلا ضرورة ينتجها لاثبات التاريخ ، انما العبرة بالتاريخ الحقيقي للملكية كل منها » .

راجع أيضا استئناف مخطوط ٢٧ ديسمبر ١٩٠٦ (١٩ ص ٦١) .

(٣) سليم بلز على للمادة ١٠١٨ .

(٤) بهامش الزيلعي ص ٢٥٥ .

قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسيبجاني رحمه الله في شرح الكافي فان كان المشتري قد قبضها فبيعت دار مجنبها فلمشتري أن يأخذها بالشفعة ، لأنه قد ملك الدار بالقبض ، فصار جاراً عند وقوع البيع ، فاذا قضى القاضى له بالشفعة ، ثم ردت الدار (التي شفع بها) لقساد البيع ، لم تبطل الشفعة ، لأن القضاء قد صح فلا يبطل بزوال الملك في داره ، لأن بقاء الجوار ليس بشرط لبقاء الاستحقاق ، وان لم يأخذها حتى رد الدار بطلت شفعتها ، لأن قيام الجوار عند القضاء بالاستحقاق شرط ولم يوجد ، ولاشفعة للبائع أيضاً فيها ، لأن جواره حادث بعد البيع .

ومثل ذلك جاء في الزيلعي ^(١) .

وفي الهداية أيضاً أن بقاء ملك الشفيع في التي يشفع بها بعد الحكم ليس بشرط ^(٢) .

١١٣ — الشريك المتنازع في ملكية العين المشفوع بها — لا يشترط أن يكون الشفيع مالكا لكل العين التي يشفع بها ، بل يكفي أن يكون شريكا فيها فقط ^(٣) .

(١) ٥ ص ٢٥٥ .

(٢) حاشية الشلبي ص ٢٥٥ .

وفي الحاشية (ص ٥٤١) : لو جمل الشفيع داره التي يستحق الشفعة بها مسجداً أو وقفها وقفاً مسجداً أو جعلها مقبرة ثم قضى له القاضي بالشفعة فإنه لا يكون شفيعاً للدار الثانية ، لأن قيام الملك له فيما يستحق به الشفعة شرط وقت القضاء .
والسجد والوقف المسجل بمنزلة الزائل عن ملكه .

(٣) استئناف أهلي ١٢ يناير ١٩٠٤ (دائرة محيى ابراهيم بك ومستر ويلبور ومستر كوجلن) الاستقلال ٣ ص ٢٦ ، ٢٣ نوفمبر ١٩٢٦ المجموعة ٢٨ رقم ٤٤ ص ٧١ — كفر الزيات ٣ يونيو ١٩٠٧ (القاضي أحمد زكى أبو السعود) المجموعة ٨ رقم ١١٩ ص ٢٥١ — استئناف مخطوط ٤ يونيو ١٩٠٣ (١٥ ص ٣٤١) ، ١٦ يونيو ١٩٣١ (٢٥ ص ١٣٩) .

ولكن محكمة بنى سويف الجزئية^(١) حكمت بعكس ذلك ، اذ قررت أن لا شفعة لمن يملك حصة شائعة في عقار مجاور للعين المشفوع فيها لعدم قيام السبب . وقد جاء في أسباب حكمها :

« وحيث ان من يملك حصة مشاعة هو في الواقع مالك الى ما ستؤول اليه هذه الحصة عند القسمة .

» وحيث انه لذلك يكون سبب الشفعة غير قائم الآن ، وغير محقق مستقبلا ، بل وضعيف الاحتمال ، اذ لا يملك للدعي الاجزاء من أربعة وثلاثين من العين المجاورة ، ويكون احتمال مجاورة نصيبه عند القسمة للعين المشفوع فيها من حدين مجاورة كافية لأن يشفع بها أضعف احتمال بكثير كما لا يخفى .

» وحيث ان ما ذهب اليه محكمة الاستئناف المختلطة في حكمها المشار اليه في لنتز جزء ثانى بمر ٨٣٧٧ ، ومحكمة كفر الزيات ٣ يونيه ١٩٠٧ في حكمها المنشور في المجموعة الرسمية ٨ رقم ١١٩ ، من أن المالك على الشيوع يملك في كل ذرة يكفيها للرد عليه ما تقدم ، خصوصا أن الحصة الشائعة ما هي الا عبارة عما ستؤول اليه بالقسمة ، وأن للدعي وان كان يملك في كل ذرة ، فانه لا يملك كل ذرة ، بل ولا يملك الجزء الكافي من كل ذرة ، أو كل ما يملكه جزء من أربعة وثلاثين فقط . ويجب أن تكون المجاورة على امتداد كاف كتلك الحد أو نصفه .»

والظاهر أن المحكمة تأثرت في حكمها بتفاهة نصيب الشفيع (جزء من أربع وثلاثين جزءا) .

ونحن لا نوافق على هذا الحكم ، لأن ما يتطلبه القانون من الشفيع هو أن يكون مالكا وقت بيع العقار المشفوع ، وأن يبقى كذلك حتى الأخذ بالشفعة . ولا يهم زوال ملكيته بعد ذلك . فالجار الشريك في الملك وقت طلب الشفعة مالك ، اذ أنه يملك نصيبه في كل جزء في العقار ، وكل ذرة مجاورة

(١) ٣١ يناير ١٩٢١ (القاضي أحمد ثنأت) المحاماة ٣ رقم ٢٠ ص ٥٧ الجدول المصري الأول للمحاماة رقم ٩٧٤ .

للعقار المشفوع ، فإذا بقي مالكا على الشيوع لحين الأخذ بالشفعة ، فانه يكون محققا في طلب الشفعة . ولا يحتاج علينا بأن الحصة الشائعة ما هي الا عبارة عما سيؤول بالقسمه ، وأنه قد تحصل القسمه فلا يؤول لطالب الشفعة الجزء المجاور للعقار المشفوع ، وبما أن للقسمه أثرا رجيا فيعتبر أنه لم يملك بالمره الجزء المجاور . ونرد على ذلك بما تقدم ، وهو أن ما يتطلبه القانون هو أن يكون الشفع مالكا ، وأن يظل كذلك لحين الأخذ بالشفعة ، وما الأثر الرجعي للقسمه الا اقراض قانوني قصد به حماية التصرفات التي يجريها من انتقل اليه الحق الشائع ، ولا يمكن أن يضر بحق الشريك في الملك الذي توافرت فيه الشروط وطالب بالأخذ بالشفعة ، ولو وقفنا حقه في طلب الشفعة حتى تحصل القسمه قد لا تتم ، وهو الغالب ، الا بعد فوات مواعيد الشفعة .

١١٤ - لا يشترط انضمام كل المتاعين لطلب الشفعة -

للشريك على الشيوع طلب الشفعة وان لم يشترك معه باقي شركائه في الملك ، وله أن يطلب بالشفعة كل العقار للمبيع .

وقد أخذت بذلك محكمة الاستئناف الأهلية ، حيث قررت أن للمالك على الشيوع الحق في طلب الأخذ بالشفعة للعين المجاورة ، ولا يترتب على عدم انضمام باقي شركائه معه في الدعوى سقوط حقه ، لأنه متى كانت ملكيته في عين على المشاع فهو مالك لكل جزء من أجزائها بقدر حصته ^(١) .

وقد قضت بذلك أيضا محكمة كفر الزيات ^(٢) ، حيث قررت « أن القانون منح حق الشفعة لكل جار مالك بدون تمييز بين للفرد بالملك والمشاع ، ولا يمكن تجريد المشتاع من صفة الجار ، لأنه يملك في كل جزء من العقار المجاور . وحيث ان حق الشفعة واحد لا يتجزأ ، فإذا قامت صفة الجار بشخص واحد كان له أن يأخذ العقار للمبيع بالشفعة ، وإذا قامت تلك الصفة بشخصين

(١) استئناف مصر ٢٣ نوفمبر ١٩٢٦ (دائرة محمد مصطفى بك ومسيو سودان وزكي برزى بك) المجموعة ٢٨ رقم ٤٤ ص ٧١ .
(٢) ٣ يونيو ١٩٠٧ القاضي أحمد زكي أبو السعود المجموعة ٨ رقم ١١٩ ص ٢٥١ .

أو أكثر ، لامتلاكهم عقارا واحدا على الشيوع ، كان لهم أخذ العقار المبيع بالشفعة أيضا . وليس معنى أن لهؤلاء الشركاء حق الأخذ بالشفعة أن يكون لكل منهم جزء من هذا الحق ، وإنما يثبت حق الشفعة لكل واحد منهم اذا اتفرد ، ولهم جميعا اذا اجتمعوا ، فليس اجتماعهم ضروريا لصحة الطلب ، واتفراد أحدهم به جائز . ومما يؤيد هذا الرأي أحكام الشريعة الفراء في الأحوال الماثلة لهذه التي منها تعدد الشفعاء اذا غاب أحدهم ، فلا ينتظر قدومه ، ولا يوقف نصيبه ، بل يقضى لمن يطلب من الحاضرين بالكل ، فان حضر النائب وطلب الشفعة مستوفيا شرائطها يقضى له بحقه ان لم يوجد مسقط له ، فان كان مثل الأول في المرتبة يقضى له بما يخصه بنسبة ملكه الذي يشفع به » ^(١) .

١١٥ - الشفع مالک تحت شرط — هل يشترط أن يكون الشفع

مالكا لما يشفع به ملكا باتا ، أو يجوز له طلب الشفعة وان كان عقد تملكه معلقا على شرط واقف Condition suspensive أو شرط فاسخ Condition résolutoire من المعلوم أن العقد المعلق على شرط واقف لا يكون لازما ولا تنتقل فيه الملكية ، وأن العقد المعلق على شرط فاسخ يكون لازما وتنتقل فيه الملكية يوم العقد .

ولكن الشرط قد يتحقق وقد يتخلف .

فان تخلف الشرط ، أى لم يتحقق ، فان كان واقفا فلا يتم العقد أصلا ، وان كان فاسخا فالعقد باق ونافذ .

واذا تحقق الشرط فانه يترتب على تحققه تأييد العقد ان كان الشرط واقفا ، واسقاطه ان كان فاسخا .

(١) راجع المادة ١٢٤ من مرشد الحبران — راجع أيضا استئناف مخطوط ١٦ يناير ١٩٢٣ (٣٠ ص ١٣٩) ، ٤ يوتيه ١٩٠٣ (١٥ ص ٣٤١) المجموعة الرسمية المخططة ٢٨ ص ٣٦١ ، ١٦ يناير ١٩٣١ (٢٥ ص ١٣٩) — استئناف أهل ١٢ يناير ١٩٠٤ (دائرة يحيى ابراهيم بك ومستر ويلبور ومستر كوغن) الاستقلال ٣ رقم ٦٥ ص ٢٦ .

ويستبر التأيد أو الفسخ حاصلًا من وقت العمل القانوني ، أى أن الشرط له أثر رجعي ، وذلك بناء على اقتراض قانوني .

وفى بيع الوفاء ، وهو بيع على شرط خيار الاسترداد للبائع ^(١) ، يكون البائع مالكا تحت شرط واقف ، وهو شرط خيار الاسترداد ، ويكون المشتري مالكا تحت شرط فاسخ .

ولا فرق بين بيع الوفاء وبين البيع المعلق فسخه على شرط الا فى كون تحقق الشرط وعلمه محدود الأجل ، أى أنه يجب فيه تعيين زمن لرد الثمن وأخذ المبيع .

فاذا بيع عقار وكان الشفعي — الجار مثلا — مالكا تحت شرط واقف أو تحت شرط فاسخ هل تجوز له الشفعة ؟

وفى بيع الوفاء ، وقد اجتمع فيه كما تقدم المالك تحت شرط واقف ، وهو البائع وفاء ، والمالك تحت شرط فاسخ ، وهو المشتري وفاء ، هل تكون الشفعة لكل من البائع وفاء والمشتري وفاء اذا بيع عقار بجوار العقار محل البيع الوفاي ؟ .

١١٦ — رأى أول — يمكن أن يقال انه ليس لغير المالك ملكا باتا أن يطالب بالشفعة ، فليس للمالك تحت شرط فاسخ أو واقف أن يطالب بها ، لأن كليهما لا يعتبر مالكا ملكا باتا ، فالمالك تحت شرط فاسخ ، وان كان مالكا وقت بيع العقار المراد أخذه بالشفعة ، فانه عند تحقق الشرط يزول ملكه ، وبالنسبة للأثر الرجعي يعتبر أنه لم يكن مالكا للعقار المشفوع به فى أى وقت ، ولذلك لم يكن محقا فى طلب الشفعة لكونه غير مالك .

والمالك تحت شرط واقف لا يكون مالكا وقت بيع العقار المشفوع ، ولذلك لا يجوز له طلب الشفعة .

ولكن يرد على هذا رأى بأن المالك تحت شرط فاسخ هو مالك وقت بيع العقار ، وقد يتخلف الشرط فتستقر له الملكية ، ولذلك لا يكون حرمانه من

حق الشفعة عادلا ، والمالك تحت شرط واقف وان لم يكن مالكا وقت بيع العقار ، فانه اذا تحقق الشرط يصبح مالكا ، ونظرا للأثر الرجعى يعتبر مالكا من وقت تملكه ، ولذلك لا يكون حرمانه من حق الشفعة عادلا .

١١٧ - رأى تاه - الذى له طلب الشفعة هو المالك تحت شرط فاسخ - وفي بيع الوفاء للمشتري وفاء - لأن الملكية تنتقل اليه من وقت عقد تملكه ، على عكس المالك تحت شرط واقف - وفي بيع الوفاء البائع وفاء - لأن الملكية لا تكون له الا اذا تحقق الشرط .

ونحن من هذا رأى ، لأن شرط طلب الشفعة أن يكون الشفيع مالكا وقت بيع العقار المشفوع ، وأن يبقى كذلك حتى يملك العقار المشفوع بالقضاء أو بالرضا ، فاذا زالت ملكيته قبل ذلك سقط حقه ، ولا يهم زوال ملكيته بعد الأخذ بالشفعة ، لأن الشفيع يصبح بالقضاء أو بالرضا مالكا نهائيا للعقار المشفوع (المادة ١٨) ^(١) ، ويكون له أن يتصرف في هذا العقار بعد ذلك .

وقد أخذت بهذا رأى محكمة طنطا الابتدائية ^(٢) في قضية طالب فيها البائع وفاء بحق الشفعة في عين بيعت وهى شائعة في الأطيان التى باعها وفاء ، فحكمت بأنه بمجرد بيع الوفاء يصير المبيع ملكا للمشتري ، فلم يمد المدعى ، وهو البائع ، شريكا في العين المشفوعة ، بل الشريك فيها هو من حل محله ، وهو المشتري الذى صار مالكا لهذا المبيع .

وأضافت المحكمة أنه لذلك تكون الشفعة لهذا المشتري ، دون بائعه ، اذا أراد . فاذا حكم بها وجب على البائع عند استرداد المبيع منه أن يأخذه مع العين المشفوعة (المادة ٣٤٧ مدنى) اذا طلب المشتري ذلك .

ورأى المحكمة صحيح في نظرنا من حيث المبدأ الذى قررتة ، وهو جواز

(١) راجع ما تقدم نبذة ١١٢

(٢) ١٩ ابريل ١٩١١ (دائرة حسن حسنى بك ومسترونج والفاضى غبريال سيدم)

المجموعة ١٣ رقم ٢٤ ص ٤٦ .

طلب الشفعة للمشتري وفاء .

ولكننا ، مع الأستاذ نجيب الهلالي بك ، لا نوافق المحكمة على ما قرره من أنه يجب على البائع وفاء ، عند استرداد المبيع ، أن يأخذ ، مع العين المستردة ، العقار المشفوع ، لأن المادة ٣٤٧ مدني التي نصها :

« اذا كان للمبيع بيع وفاء حصة شائعة في عقار واشترى مشتريها الحصة الباقية من مالها بعد طلب هذا المالك مقاسمته فله المشتري المذكور عند مطالبة بائنه الأول باسترداد الحصة المبيعة بيع وفاء أن يلزمه بأخذ العين بتماها » .

هذه المادة غير منطوقة ، اذ السبب فيها أن المشتري يكون مضطرا لشراء الحصة الباقية محافظة على المبيع حتى لا يخرج من يده ، فالتن الذي يدفعه في مقابلها يعتبر بمثابة مصاريف ضرورية صرفت منه لاستبقاء المبيع ، والمشتري يحق له أن يسترد ما أتقنه من هذه المصاريف . ومثال هذه الحالة : أن يبيع انسان لآخر وفاء نصف حمام شائما في الحمام كله ، فاذا طلب صاحب النصف الآخر قسمة الحمام عينا ، فتبين أنها متعذرة لعدم امكان الاتقاع بكل نصف على حدة ، وحصلت القسمة بطريق التصفية ، بأن يبيع الحمام كله بالمراد ، ثم اشتراه المشتري ، فيجوز للمشتري أن يلزم البائع بأخذ الحمام كله .

وفي القضية التي فصلت فيها محكمة طنطا لم يكن المشتري مضطرا لشراء الحصة التي أخذها بطريق الشفعة حتى يستبق للمبيع في يده ، ولا يمكن اعتبار ثمنها في حكم المصاريف الضرورية التي استوجبها ضرورة المحافظة على المبيع ^(١) . وعندنا أن المالك تحت شرط فاسخ له أن يستبق العين التي أخذها بالشفعة ، رغم تحقق الشرط وخروج العين التي شفع بها من تحت يده ، لأنه بالأخذ بالشفعة قد أصبح مالكا نهائيا للعقار المشفوع (المادة ١٨) .

وقد يعترض على هذا الرأي أنه بالاسترداد يعتبر المبيع كأنه لم يخرج من ملك البائع وفاء ، وأن المشتري لم يملكه لحظة ، نظرا للأثر الرجعي للشرط ،

(١) نجيب الهلالي بك ، كتاب البيع ، ٧٠٣ .

وكان المشتري قد شفع بمقار لم يملكه .

وردنا على ذلك أنه يشترط في الشفع كما تقدم أن يكون مالكا وقت المطالبة بالشفعة ، وأن يبقى كذلك حتى يقضى له بها ، فاذا ما أخذ بالشفعة أصبح مالكا نهائيا ، ولا يهم زوال ملكية العين المشفوع بها بعد ذلك .

١١٨ - رأى ثالث - هذا الرأي يقرر أن لكل من المالك تحت شرط

فاسخ والمالك تحت شرط واقف أن يطالب بالشفعة . وقطع اختلف أنصار هذا الرأي في كيفية المطالبة ووقت حصولها :

(١) فيقول الأستاذ زكي الرازي بك ، عند بحث ما اذا كان للمشتري

وفاء أو البائع وفاء حق الشفعة :

بما أن الشفع يلزم أن يكون مالكا لما يشفع به ، والملكية هنا معلقة بين البائع والمشتري ، ولا تستقر لهذا الأخير الا بقوات المدة مع عدم الفسخ ، ولا يمكن معرفة ذلك من قبل ، فيلزم أن يكون له حق الطلب ، وانما لا يقضى له الا بعد مضي المدة وعدم الفسخ ، أو يجوز القضاء في الحال ، انما يكون نفاذ الحكم مقيدا بنفس الشرط المفيد به الملك ، بحيث اذا فسخ البائع البيع سقط البيع ومعه الشفعة ، واذا مضت المدة ولم يفسخ البيع استقر واستقرت الشفعة أيضا . كذلك اذا كان ملك الشفع لما يشفع به معلقا وجوده على شرط فانه يكون له حق الطلب ، ولكن لا يقضى له الا اذا تحقق هذا الشرط ^(١) .

ونفترض على هذا الرأي بما يأتي :

(١) كيف يكون للمالك تحت شرط طلب الشفعة مع عدم الاستمرار في

اجرااتها ، مع أن القانون نص على مواعيد قصيرة يترتب على عدم مراعاتها سقوط الشفعة ، فالواجب على الشفع أن يرفع دعوى الشفعة في ميعاد ثلاثين يوما من وقت اعلان الرغبة والا سقط حقه ، وعلى المحكمة أن تحكم في الدعوى على وجه السرعة . واذا فهم من الرأي السابق أنه يكون له أن يرفع الدعوى ،

وانما لا يحكم له الا بعد مضي مدة الاسترداد وعدم الفسخ ، فكيف توقف الدعوى ، وما هو السند القانوني لذلك ؟

على أننا لو سلمنا بجواز وقف الدعوى ، فان مدة الاسترداد في بيع الوفاء قد تصل الى خمس سنوات ، وهي مدة طويلة قد يعمل المشفوع عليه في خلالها كل صنوف الأعمال الضارة التي من أجلها شرعت الشفعة . وقد تكون مدة الانتظار أكثر من خمس سنين اذا كان طالب الشفعة مالكا تحت شرط في غير حالة بيع الوفاء ، ووقف الحكم له بالشفعة طول هذه المدة يضيع الفرض الذي من أجله شرع هذا الحق .

(٢) يجوز أيضا زكي الرازي بك القضاء في الحال لطالب الشفعة ، انما يكون نفاذ الحكم مقيدا بنفس الشرط المقيّد به الملك ، بحيث اذا فسخ البائع البيع سقط البيع ومعه الشفعة . وكان من الممكن الموافقة على وجهة النظر هذه ، فيما يتعلق بالمالك تحت شرط فاسخ ، لولا ما يترتب على اتباع ذلك من الصعوبات العملية الكثيرة ، لأنه اذا قضى لطالب الشفعة بملكية العقار المشفوع ، ثم تحقق الشرط فأنفسخت ملكية الشفع التي شفع بها ، فالى من يعود العقار المشفوع ، أي سلم الى البائع وفاء وهو لم يطلبه بالشفعة (وحتى اذا طلبه فمن رأينا أنه ليس له الحق في ذلك لأنه لا يمكن أن يقال انه مالك وقت تملك العقار المشفوع) ، أم هل يرجع العقار المشفوع الى المشفوع عليه ، وقد لا يكون في حاجة اليه في ذلك الوقت ، وقد لا يكون عنده ما يدفع منه ثمنه مع ما استجد عليه من البناء أو الفراس ؟

(ب) ومن رأى الأستاذ عبد السلام ذهني بك أنه لكل من البائع والمشتري وفاء « الحق في انذار المشفوع منه باظهار الرغبة في الأخذ بالشفعة طبقا للمادة ١٤ ، ويجب التبرص حتى يتحقق حتما أحد الشرطين . فاذا تحقق الشرط من جهة كونه فاسخا ومن جهة كونه توقيفيا ، بأن استرد البائع عقاره ، صح له السير وهتذ في اتمام اجراء آت الشفعة ، فيرفع دعوى الشفعة المنصوص عليها بالمادة ١٥ في ظرف ثلاثين يوما من يوم تحقق الشرط في أحد أيام الفترة المضروبة

بالعقد . ويعتبر لتحقق الشرط أثر رجعي بالنسبة لانذار الشفعة الموجه من البائع وفائيا (١) ، أى يعتبر أن هذا الانذار قد عمل فى ذات يوم تحقق الشرط . وعلى ذلك يزول أثر الانذار الآخر الموجه من المشتري وفائيا ، لأن ملكية هذا الأخير قد زالت . وعلى العكس مما تقدم فيما اذا لم يتحقق الشرط القاسخ من جهة والتوقيفى من جهة أخرى ، وظل العقار يد للمشتري وفائيا وتأيدت الملكية لديه ، وجب عليه أن يعمل قس ما كان يعمل البائع فيما اذا تحقق الشرط من جانب هذا الأخير . وبذا يزول أيضا أثر الانذار الموجه من البائع وفائيا (٢) .

ونرد على هذا رأى بما يأتى :

(١) ان القول بأن انذار اظهار الرغبة يعتبر أنه عمل فى ذات يوم تحقق الشرط لا يمكن قبوله ، اذ لا سند قانونيا له ، فلا يمكن الأخذ به بدون تشريع جديد لذلك .

(٢) انه نظرا للأثر الرجعي للشرط يعتبر البائع وفاء — فى حالة تحقق الشرط — أنه كان دائما مالكا للعقار الذى بيع وفاء . فلذلك لا يمكن قبول دعوى الشفعة لرفضها بعد أكثر من ٣٠ يوما من اعلان اظهار الرغبة . واذا أخفق الشرط ، واستقرت الملكية للمشتري وفاء فانه يعتبر أنه كان مالكا ملكا باتا من يوم البيع الوفاى ، فاذا مارفَع الدعوى بعد انتهاء مدة الاسترداد فانها لا تقبل منه لمضى أكثر من ثلاثين يوما من تاريخ اعلان الرغبة .

١١٩ — هل لو اضع اليد الذى لم تتم مدة تقادم هو الشفعة؟ —

اذا كان الشفيع واضعا يده على عقار بقصد تملكه ، ولكنه لم يتم مدة التقادم القصير (٥ سنين) ، أو الطويل (١٥ سنة) ، وبيع عقار مجاور ، فهل يكون له الحق فى الأخذ بالشفعة ولو أن مدة التقادم لم تتم ؟

نرى أنه ليس له هذا الحق ، اذ شرط طلب الشفعة أن يكون الشفيع مالكا ملكا ثابتا وقت بيع العقار المشفوع ، وهنا الشفيع لا يعتبر مالكا قبل تكامل

مدة التقادم .

ومن رأى الأستاذ ذهني بك ^(١) أن تملك واضع اليد ملحق على شرط واقف ، وهو مضى المدة القانونية ، بالشروط المقررة لصحة وضع اليد ، والأمر في ذلك يرجع الى نظرية جواز أو عدم جواز المطالبة بالشفعة عن عقود معلقة على شرط فاسخ أو واقف .

ومن جهتنا نحن قد تقدم أن قررنا أنه ليس للمالك تحت شرط واقف أن يطالب بالشفعة ^(٢) .

١٢٠ - ما الحكم إذا لم يقر الشفيع بالعمد ؟ - عقد الشفيع
أما أن يكون باطلا بطلانا نسبيا ، أى فاسدا ، وأما أن يكون باطلا بطلانا مطلقا ، فإذا كان فاسدا فإن العيب الذى يشوب العقد لا يمنع انتقال الملكية ، وإنما يكون العقد قابلا للبطلان ، والذى له طلب البطلان هو من شرع البطلان فى مصلحته ، ولذلك نرى أنه يكون للشفيع ، إذا كان عقده فاسدا (كما إذا اشترى من ناقص الأهلية) ، أن يطالب بالشفعة ، وليس للشفوع منه أن يدفع بالبطلان (والذى له أن يدفع بالبطلان هو ناقص الأهلية فى المثل المتقدم) .

أما إذا كان عقد الشفيع باطلا بطلانا مطلقا (كما إذا تملك بمقتضى هبة لم تحرر بعقد رسمى) فإنه لا يجوز له أن يطالب بالشفعة ، ويجوز للشفوع منه أن يدفع ببطلان عقد الشفيع .

١٢١ - عدم تسجيل عمر الشفيع - قبل قانون التسجيل الجديد
قررت محكمة الزقازيق الابتدائية ^(٣) أن المادة ٦١١ مدنى التى جاء فيها « الحقوق بين الأحياء الآتية من عقود انتقال الملكية أو ... تثبت فى حق غير المتعاقدين

(١) كتابه « فى الأموال » نبذة ٤٨٠ من ٦٧٣ .

(٢) راجع ما تقدم نبذة ١١٧ .

(٣) ٣ فبراير ١٩٢١ (دائرة محمد مراد سيد أحمد بك وعمد زكى خليل بك والقاضى محمد عبد الرازق) المجموعة ٢٣ رقم ٩١ من ١٤٠ .

من يدعى حقا عينيا بتسجيل تلك العقود الخ . « لا تنطبق هنا ، لأن » تحديد دائرة انطباق هذه المادة ظاهر من عبارة (من يدعى حقا عينيا) ، فهي تقترض أن شخصين تلقى كل منهما حقا على عين واحدة ، فالأسبقية بينهما تكون للتسجيل ، وهذا طبيعة اذا كان ناقل الحق واحدا ، وهي ليست الحالة التي نحن بصدددها ، فلا حاجة اذن للتسجيل لمعرفة ان كان عقد المستشفع أسبق أم عقد للشفوع منه .

وقررت أيضا المحكمة المختلطة أنه لا يشترط أن يكون عقد ملكية الشفيع للعقار المشفوع به مسجلا ، لأن التسجيل لا مفعول له الا بالنسبة للغير الذي له حق ثابت في الشيء *jus in re* ، بخلاف طالب الشفعة فان له أفضلية خوفا له الشارع (حق على الشيء *jus ad rem*) ، وعليه فاذا ثبت أن للشفوع منه كان مالكا قبل تملك طالب الشفعة فلا حق لهذا الأخير بطلبه ، وذلك بصرف النظر عن كل تسجيل ^(١) .

ولكن هذا الحكم محل نظر الآن ، لأن القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ أهلى ، والقانون رقم ١٩ لسنة ١٩٢٣ مختلط ، الصادرين بتعديل نصوص القانون فيما يتعلق بالتسجيل ، أوجبا التسجيل لانشاء الحقوق العينية العقارية أو انتقالها أو زوالها ، ونصا على أنه لا يكون للعقود غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين المتعاقدين .

ومن رأينا أنه اذا كان عقد الشفيع غير مسجل ، وكان لا يستند في الملكية الى اكتسابها بوضع اليد ، فلا يستطيع أن يرفع دعوى الشفعة ، لأن قانون الشفعة يشترط ، كما رأينا ، أن يكون الشفيع مالكا ، وبمقتضى قانون التسجيل الجديد لا تنتقل الملكية الا بالتسجيل .

(١) استئناف مختلط ١٦ يويه ١٩٠٤ (١٦ من ٢٢٥) الاستغلال ٤ من ٢٤٦ ،

٢٧ ديسمبر ١٩٠٦ (١٩ من ٦١) .

وقد أخذت بهذا الرأي محكمة أسبوط الابتدائية^(١) . وجاء في أسباب حكمها :

« حيث ان الأحكام قد تعارضت في صحة دعوى الشفعة في حالة عدم تسجيل عقد شراء المشفوع ضده . الا أن الأمر على ما يظهر قد استقر الآن على أن هذه الدعوى صحيحة ، وأن الحكم الذى يصدر للشفيع انما يحل محل المشتري فيما له من حقوق بناء على العقد غير المسجل ، ولكن النزاع المطروح اليوم أمام المحكمة خاص بالصورة العكسية لهذه تماما . . .

« وحيث ان الرأي الذى ساد فى النهاية فيما يتعلق بصحة دعوى الشفعة ضد مشتر لم يسجل عقده تتلخص فى الاعتبارات الآتية :

أولا — ان القانون رقم ١٨ سنة ١٩٢٣ المعروف بقانون التسجيل لم ينص على بطلان البيع فى حالة عدم التسجيل ، بل قضى فقط بتعليق نقل الملكية على هذا التسجيل ، بناء على أن البيع فى حد ذاته يقع صحيحا .
ثانيا — ان نقل الملكية لم يكن ركنا أساسيا فى البيع ، وانما هو نتيجة من نتائجه .

ثالثا — ان الشفيع يحل قانونا محل المشتري .

رابعا — ان تعليق حق الشفعة على التسجيل أو تولده من يوم حصوله يجعل المشتري مهددا بالشفعة زمنا قد يطول أمده ويمطل أحكام الشفعة (راجع حكم الدوائر المجمعة الصادر فى ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٧) .

« وحيث ان جميع الأحكام التى ناقشت حق الشفعة بناء على بيع غير مسجل متفقة رغم تناقضها فى أن البيع غير المسجل لا ينقل الملكية ، وأن الشفيع اذا حل محل المشتري فانما يكون ذلك فيما له من حقوق شخصية قبل البائع يستطيع بموجبها ارغامه على الوفاء بما التزم به ولو قضاء .

(١) ١٩ يناير ١٩٢٨ (دائرة عبد الفتاح السيد بك والقاضى أحمد نصرت والقاضى حسين لطفى) المحاماة ٩ رقم ٧١ من ١١٣ الجداول المصدرة الأولى للمحاماة رقم ٩٨٤ .

« وحيث ان الشرط الأساسى للمطالبة بحق الشفعة هو أن يكون الشفيع مالكا ، وهو ما نصت عليه صراحة المادة الأولى من قانون الشفعة ، فإذا كان عقد الشفيع نفسه غير مسجل ، وكان الشفيع لا يستند فى الملكية الى التملك بوضع اليد الحائز لشروطه القانونية ، فإنه لا يستطيع أن يرفع دعوى الشفعة ، اذ هو لا يمد مالكا طبقا لأحكام القانون الجديد النى ينص فى المادة الأولى منه على أن الملكية لا تنتقل حتى بالنسبة للمتاعدين الا بالتسجيل ، ولا يكون للعقد غير المسجل من الأثر سوى التزامات شخصية .

« وحيث انه لا سبيل للاستناد الى مال للشفيع قبل باثنيه بمقتضى عقود غير المسجلة من حقوق شخصية للمطالبة بما المشفوع ضده من ملكية ثابتة ، كما هو الشأن فى الصورة الأخرى التى عرضت على القضاء غير مرة ، وكان الشفيع فيها لا يطالب بالملكية المنجزة حتما ، بل بالحلول محل المشفوع ضده فيما له من حقوق بمقتضى المقد الصادر اليه ليس الا ، لما بين الحالتين من فارق كبير ، اذ النظرية الأولى مبناها أن الشفعة ليست حقا عينيا للعقار الشفيع Jus in re ، ولكنها حق شخصى لمالك هذا العقار اذا توفرت لديه الشروط المنصوص عليها قانونا ، فلا ينتقل الى من يباع له هذا العقار عقب تولد هذا الحق ، وينبنى على ذلك أن البيع اذا كان معلقا على شرط موقف أو فاسخ كانت دعوى الشفعة صحيحة ^(١) .

الا أن هذه النظرية لا يمكن التسليم بها فى الحالة المطروحة أمام المحكمة ، اذ لا القانون مهما توسعنا فى تأويل نصوصه ، ولا المنطق ، يسمحان بالقول بأن لصاحب الحق فى الحقوق الشخصية أو الملكية المعققة على أكثر تقدير حق الشفعة فى عقار انتقلت ملكيته نهائيا لمشتريه بالتسجيل .

« وحيث انه مما يؤيد صحة ما تقدم أنه لو فرض أن يبعث العقارات الواردة بمقود الشفيع كلها أو بعضها من باثنيه الى مشتر آخر بمقد تسجيل كان هذا العقد بلا جدال ناقلا للملكية وأولى بالاحترام من عقد الشفيع ، فإذا كان هذا ما يجب

الأخذ به بالنسبة لعقار واحد أمكن القول باتباعه من باب أولى في حالة التفاضل بين عقود تصرفات عن عقارات مختلفة لا تنافرينها ولا تؤثر في بعضها البعض من حيث الصحة ، وغاية الأمر أن كل ما على أصحابها الخضوع لأحكام الشفعة فيما وضعت من القيود .

« وحيث انه لا يبق من الاعتبارات التي بنى عليها حكم الدوائر المجتمعة سوى ما كان متعلقا بتهديد المشتري غير المسجل بالشفعة زمنا قد يطول ، وبتعطيل أحكام الشفعة اذا علق استعمال الحق فيها على التسجيل ، وهو ما لا محل له في مثل النزاع المطروح ، لأن التخصيص هنا من جانب الشفيع صاحب المصلحة في أخذ العقار بالشفعة ، وقد حال بينه وبينها عدم تسجيله ، وأصبح المشفوع ضده بذلك مطمئنا على عقاره كل الاطمئنان » .

ولكن من رأى الأستاذ عبد السلام ذهني بك أنه لا يشترط أن يكون عقد الشفيع مسجلا لأجل المطالبة بالشفعة ، بل يكفي وجود العقد المثبت بأن الشفيع مشتر ، وعلى ذلك يجوز للعقار المشتري بعقد غير مسجل أن يطلب الشفعة ، ويعتبر الحكم القاضي بالشفعة حكما معلقا على شرط ، وهو عدم تصرف البائع للشفيع في العقار ثانيا للغير ، وعدم تسجيل الغير لعقده ، والا اذا حصل التصرف ثانيا وتسجل العقد قبل تسجيل عقد الشفيع ، بطلت الشفعة ، لأنه لا يعتبر في هذه الحالة مالكا^(١) .

ويقول الأستاذ ذهني بك انه يصح الاعتراض على الرأي القائل بعدم قبول دعوى الشفعة بأن البيع قبل التسجيل ولو أنه غير ناقل للملكية الا أنه بيع فيه مشتر وبائع بواجبات وحقوق ، وأن الهلاك على المشتري بعد تسليم المبيع اليه برغم اعتبار البائع لا زال مالكا ، فيجوز للشفيع أن يدعى بأنه مشتر مثلا للعقار المشفوع به ولو أن عقده لم يسجل بعد ، الا أنه مشتر على كل حال ، وأنه عند ما يسجل عقده يعتبر مالكا ، لا من وقت التسجيل بل من وقت الشراء ، أي

أن للتسجيل أثر رجعي في قل الملكية فيعتبر مالكا من وقت الشراء لا من وقت التسجيل ، وعلى ذلك تصح تصرفاته في العقار قبل التسجيل .

ويضيف الأستاذ ذهني بك الى ذلك أنه اذا أخذ بما قرره بشأن الهلاك وقانون التسجيل ، وأخذ بنظرية جواز الأخذ بالشفعة في العقود الشريطية فيما اذا كان عقد الشفوع ضده مطلقا على شرط ، وأخذ بما قرره بصحة دعوى الشفعة في حالة عدم تسجيل عقد الشفوع ضده ، اذا أخذ بذلك كله ترجح لديه القول بجواز صحة دعوى الشفعة اذا كان عقد للشترى لم يتسجل بعد ، وعلى ذلك اذا سجل العقد تأيدت الشفعة ، واذا لم يتسجل سقطت الشفعة ، وسقط ما ترتب عليها من اجراءات وأحكام^(١) .

ونحن لا نرى رأى الأستاذ ذهني بك ، لأن من شروط الشفعة الأساسية أن يكون الشفيع مالكا لما يشفع به ، وهنا الشفيع ولو أنه مشترفاته لا يمكن أن يعتبر مالكا .

وقد أخذ الأستاذ ذهني بك بنظرية الأثر الرجعي للتسجيل ، على أن هذه النظرية ليست متفقا عليها ، وعندنا انه ليس للتسجيل أثر رجعي للأسباب التي أخذت بها الأحكام الصادرة في هذا الموضوع^(٢) .

(١) كتابه « في الأموال » بنفذة ٤٦٣ ص ٦٥٧ .

(٢) راجع الاسكندرية الابتدائية ٨ يناير ١٩٣٠ (برئاسة حسن صادق رشيد بك وحضور القاضي محمد صادق والقاضي عبد الرحيم غنيم) الجريمة القضائية السنة الأولى السدد ١٧ رقم ١٦٠ ص ٢٢ المجموعة الرسمية ٣١ عدد ٥٧ ص ١٦٢ .

وقد رفضت المحكمة في هذا الحكم الأخذ بنظرية الأثر الرجعي للتسجيل للأسباب الآتية :

١ — لتعارض هذه النظرية مع الغاية المقصودة من التشريع الجديد ، وهي تثبيت دعائم الملكية العقارية ، وجعلها بآمن من فوضى تضارب التصرفات الظاهرة منها والمنية ، تدرجا من للمرع نحو النفاية التي يرجي الوصول اليها يوم تصبح العقود الخاصة بالصرفات السنية العقارية حجة تامة بصحة هذه التصرفات ، وتحقيقا لتلك الأغراض نصت المادة الأولى من قانون التسجيل على أنه يترتب على عدم التسجيل أن الحقوق الصينية لا تنشأ ولا تنهل ولا =

على أننا لا نرى التوسع في اعتبار المشتري غير المسجل مالكا ، خصوصا بالنسبة لحق الشفعة ، وهو ليس من الحقوق المستحقة ويجب التضييق في دائرة تطبيقه .

١٢٢ — **الاسلام ليس بشرط** — في الشريعة الاسلامية اسلام الشفيع ليس بشرط لوجوب الشفعة ، فتجب لأهل الذمة فيما بينهم ، وللذمي

== تنغير ولا ترول ، لا ين المتأقدين ولا بالنسبة لغيرهم ، أى أن هذه الحقوق تنأ أو تنظل أو تنغير أو ترول بالتسجيل ، فهو الذى به تتأثر الحقوق الصينة ، وليس يصح القول بوجود الأثر قبل وجود المؤثر .

٢ — ليس من ضرورة فلية ولا قانونية توجب تلس نظرية الأثر الرجعى لتسجيل ، وهى مجرد تصور قانونى *une fiction légale* ، اذ لو كان لها موجب لما فات المصراع أن ينس عليها ، وهى لا شك قيد لقاعدة أنشأها على خلاف قواعد التسجيل المقررة من قبل ، خصوصا أن تلك القواعد السابقة ما كانت لتعرف لتسجيل أثر رجعى . وقد أراد المصراع بقانونه الجديد تشديد الجزاء لا تخفيفه كما ينجم عن الأخذ بنظرية الأثر الرجعى .

وعدم الحاجة الى افتراض نظرية بعيدة عن قصد المصراع ظاهر من أنها حتى في نظر من يقول بها لا تسرى الا في دائرة ضيقة جدا — وهى دائرة المتأقدين — ولا يمكن أن يترتب عليها أى مساس بحقوق الغير . وحتى في تلك الدائرة الضيقة يقين بتدقيق النظر أنها وضعت لضرورة وهمية ، فن قال بهذه النظرية أراد بها حماية التصرفات التى تصدر قبل التسجيل من شخص يسجل عقده فيما بعد ، حتى لا ينازع المتأقده معه فيما تعاقد معه عليه ، كمن يشتري عقارا وقبل تسجيل عقده يرهنه لآخر ، فتما لهذا المشتري الذى يحاول بعد تسجيل عقده الطعن في الرهن الصادر منه قبل التسجيل بأنه صدر منه وهو لم يصبح مالكا بعد ، رؤى الأخذ بنظرية الأثر الرجعى لتسجيل حتى يعتبر هذا المشتري مالكا من يوم الصراء ، فيمتنع عليه الطعن فيما صدر عنه من التصرفات . غير أن القواعد الصامة كفيلا بتحقيق هذه الناية دون الالتجاء الى انشاء هذه النظرية ، اذ أنه لا يسوغ لأحد طرفي العقد أن يسمى بأى وسيلة ما في قض ما تم من جهته ، كما لا يسوغ له ، والتسجيل من عمله واهمال التسجيل من فله ، أن يضار غيره بهذا الاهمال ، كما قالت بحق محكمة الاستئناف بدواثرها المحيطة في حكمها الرقم ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٧ ، حيث رأت أنه لا يجوز لمدين أن يدفع دعوى دائن تزعم ملكية أحد عقاراته بقوله أن عقد شرائه لذلك غير مسجل ، كما لا يجوز لبائع أن يمارس المشتري منه في تنفيذ صفقة باعها له ، بحجة أن عقد تملكه اياها غير مسجل ، وكذلك شأن المشتري الذى لم يسجل عقده اذا هلك العقار قبل التسجيل وبعد تسليمه اليه فهلا كه عليه .

على المسلم .

وهذا هو رأى الأئمة الثلاثة .

ولكن من رأى أحد أنه لا شفعة للذمي .

ووجه الرأى الأول اطلاق الأحاديث بأن الشفعة للشفيع من غير تقييد ذلك بالمسلم .

ووجه الثانى التخليط على الذى من حيث ان فى اثبات الشفعة له تسليطا على المسلم بأخذ حقه بنوع من القهر والغلبة لا سيما مع عدم طيب نفس المسلم بذلك ^(١) .

وروى عن شريح أنه قضى بالشفعة للذمي على مسلم ، فكتب الى سيدنا عمر رضى الله عنه ، فأجازه ، وكان ذلك بحضور من الصحابة ، فيكون هذا اجماعا ^(٢) . وفى القانون ليس الاسلام بشرط ، وقد رأينا أن الشفعة مقررة فى القانونين الأهل والمختلط .

١٢٣ — الذكورة والعقل والبلوغ — الذكورة والعقل والبلوغ

ليست بشرط ، لأنه حق مبنى على الملك ، فالأنث والصبيان والمجانين لهم أن يأخذوا بالشفعة .

والذى ينوب عن الصبي هو وليه الذى يتصرف فى ماله من الأب ووصيه والجد لأب ووصيه والقاضى ووصى القاضى . فاذا بيعت دار ، والصبي شفيعا ، كان لوليه أن يطالب بالشفعة ويأخذ له ، لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء والولى يملك ذلك ، فان سلم الشفعة صح التسليم . ولا شفعة للصبي اذا بلغ عند أبى حنيفة وأبى يوسف رضى الله عنهما ، وعند محمد وزفر لا يصح تسليمه والصبي على شفخته اذا بلغ ^(٣) .

والذى ينوب عن المجنون هو قيمه .

(١) الميزان لشرائى ٢ ص ٨٨ .

(٢) البدائع ٥ ص ١٦ .

(٣) البدائع ٥ ص ١٦ .

فيمن لا شفعة له

١٢٤ - الوقف :

في الشريعة الإسلامية — لا شفعة للوقف ، لا بشركة ولا بجوار ، فإذا بيع عقار مجاور لوقف ، أو كان المبيع بعضه ملك وبعضه وقف ، وبيع الملك ، فلا شفعة للوقف ، لا لقيمه ولا للموقوف عليه ^(١) .

ولكن إذا بيع الوقف بمسوخ شرعى ، كأن شرط الواقف استبداله ، فإن الشفعة تثبت فيه . أما إذا كان لا يجوز بيعه بحال من الأحوال ، بأن كان مسجدا ، فلا يؤخذ بالشفعة لعدم صحة البيع ^(٢) .

في المجموعة المدنية : نصت المادة ٧١ من المجموعة المدنية الأهلية على أنه « لا يجوز الأخذ بالشفعة في العقار المبيع من الوقف أوله » ، أى أن الحكم هو نفس حكم الشريعة الفراء ^(٣) .

وقررت المادة ٩٧ من المجموعة المدنية المختلطة المقابلة للمادة ٧١ أهلى أنه « لا يثبت حق الشفعة لمن وقفت عليه حصة في عقار مشاع ، إنما للواقف ذلك الحق بشرط أن يكون أخذ الحصة المبيعة بقصد وقفها » .

في قانونه الشفعة : قررت المادة ٤ من قانون الشفعة أن « لا شفعة للوقف » ، ولم تنص المادة ٤ على جواز أخذ الشفعة من الوقف ، وكما يقول فتحى زغلول باشا أن النص على حالة وترك أخرى يفيد الإباحة ، فالشفعة جائزة

(١) مرشد الحيران المادة ١١٣ — المجلة للمادة ١٠١٧ و ١٠١٩ — ابن عابدين ص ١٤٧ — الخاتمة ص ٥٤٢ .

(٢) شرح مرشد الحيران للأستاذين محمد زيد بك وسلامة بك ص ٩٦ .

(٣) راجع مذهب الجوزية ١٦ نوفمبر ١٨٩٧ (الفاضى مصطفى واصف) الحقوق ٧ رقم ٧٥ ص ٣٣٩ .

من الوقف (١) .

وإذا كان هناك نزاع في صحة الوقف وجب أن تقف دعوى الشفعة حتى يفصل من المحكمة الشرعية في شأن الوقف (٢) .

ويلاحظ أن حق الشفعة يتولد من وقت بيع الشيء المشفوع ، فان وقفه المشتري كان الوقف باطلا ويمد هربا من حقوق الشفع (٣) .

ويزول حق الشفعة اذا وقف الشفع ، أثناء الدعوى ، العقار الذى شفع به (٤) .

١٢٥ - من لا يملك شراء العقار المشفوع - يرى بعض الشراح أن لا شفعة لمن لا يملك شراء العقار المشفوع من البائع مباشرة ، لأن الشفع باستعماله حق الشفعة يحل محل المشفوع منه في جميع ما له وما عليه من الحقوق (المادة ١٣) ، أى أنه يصير مشتريا بدله ، وما دام أنه محظور عليه الشراء فليس له أن يشفع . ومثال هؤلاء الأشخاص المذكورون في النبد الآتية .

١٢٦ - موظفو المحاكم والمحامون المنوعون منه شراء الحقوق المتنازع فيها - تنص المادة ٢٥٧/٣٢٤/١٥٩٧ مدنى على أنه « لا يجوز للقضاة أو وكلاء الحضرة الخديوية (أى أعضاء النيابة العمومية) وكتبة المحاكم والمحضرين والأفوكاتية أن يشتروا بأنفسهم ولا بواسطة غيرهم لا كلا ولا بعضا من الحقوق المتنازع فيها droits litigieux التى تكون رؤيتها من خصائص المحاكم التى يجرون فيها وظائفهم ، فاذا وقع ذلك كان البيع باطلا . وفى هذه

(١) س ٩٨ .

(٢) استئناف ٢٢ نوفمبر ١٩٢٧ (دائرة محمد مصطفى بك وزكى برزى بك وعبد الباقي زكى القشبرى بك) المحاماة ٨ رقم ١٤٢ س ١٩٠ .

(٣) بنى سوف ٢٧ نوفمبر ١٨٩٤ (دائرة محمود رشاد بك والقاضى قاسم أسعد وعبد الطيف على) الحقوق ٩ رقم ١٠٤ س ٣٢٨ .

(٤) استئناف مغلط ١٨ مايو ١٩٠٥ (١٧ س ٣١٦) .

الحالة يكون البيع باطلا أصلا *radicalement nulle* ، ويحكم بطلانه بناء على طلب أى شخص له فائدة فى ذلك ، ويجوز للمحكمة أن تحكم بالبطلان من تلقاء نفسها *d'office* .

والأشخاص المذكورون فى المادة جاء ذكرهم على سبيل الحصر ، لأن نص المادة استثنائى ، فلا يجوز التوسع فى تطبيقه ^(١) .

وسبب المنع هو أن شراء أحد هؤلاء الحق المتنازع فيه يدل ظاهرا على أن غرضه من الشراء مجرد المضاربة ، فمنع الشارع موظفى الحاكم والمحامين من شراء الحقوق المتنازع فيها التى تكون رؤيتها من خصائص الحاكم التى يجرون فيها وظائفهم ، لشدة رغبته فى الاحتفاظ بحزمة القضاء وكرامته ، كما يقول الأستاذ نجيب الهلالى بك ، قد خشى أن يجابى القاضى أو الموظف المشتري زملاؤه فى القضاء فيتأثر بذلك سير العدالة ، وإذا لم يحايوه فلا أقل من أن يهتمهم الناس ويظنوا به وبهم الفتنون ، وكلاهما مضيع لحزمة القضاء ^(٢) .

ومن رأى زكى العرابى بك ^(٣) ، وعبد السلام ذهنى بك ^(٤) ، والدكتور محمود فهمى ^(٥) ، أنه لا شفعة لموظفى الحاكم والمحامين فى العقارات المنوعين من شرائها .

وعندنا أن هذا رأى محل نظر ، لأن العلة التى من أجلها منع الشارع هؤلاء الموظفين والمحامين من شراء الحقوق المتنازع فيها غير متحققة هنا ، لأن القاضى أو المحامى الذى يريد الشفعة فى العقارات المنوع من شرائها لا يقصد المضاربة ، وإنما يرغب فى اتقاء الأضرار التى شرعت من أجلها الشفعة ،

(١) نجيب الهلالى بك نبذة ٤١٣ ص ٢٥٢ .

(٢) نجيب الهلالى بك نبذة ٤١٢ ص ٢٥١ .

(٣) نبذة ٦٢ ص ٣٧ — ٣٨ .

(٤) نبذة ٥٣٢ ص ٧٤٧ .

(٥) ص ١٧٥ — ١٧٦ .

وحرمانه من حق الشفعة هو حرمان من حق مشروع أوجده الشارع لمصلحة جميع الناس ، ولم يستثن مطلق المحاكم والمحامين المنصوص عليهم في المادة ٢٥٧/٣٢٤ المقدمة من استعمال هذا الحق . ولو كان الشارع أراد استثناءهم لنص على ذلك صراحة في قانون الشفعة مع من استثناءهم منه . والقول بأن الشفيع باستعمال حق الشفعة يحل محل المشفوع منه ويعتبر أنه اشترى الصفقة من المشتري مباشرة هو اقتراض قانوني لا يصح التوسع فيه .

١٢٧ — الوكلاء المنفوعون من شراء الأشياء المنوط بهم بيعها : جاء في المادة ٢٥٨/٣٢٥/١٥٩٦ :

« لا يجوز لمن يقوم مقام غيره بوجه شرعي Mandataires légaux ، كالأوصياء والأولياء ، ولا للوكلاء المقامين من موكلهم Mandataires conventionnels أن يشتروا الشيء المنوط بهم بيعه بالصفات المذكورة ، فإذا حصل الشراء منهم جاز التصديق على البيع من مالك المبيع إذا كان فيه أهلية التصرف وقت التصديق » .

وسبب النع هو التعارض القائم بين مصلحة هؤلاء الوكلاء وواجبهم ^(١) . ومن رأى الشراح أنه ليس للوكلاء أن يشفعوا في العقارات المنوط بهم بيعها لتوافر حكمة النص ، فقد يتساهل الوكيل مع المشتري في شروط البيع ، إذ باستعماله حق الشفعة يحل محل المشتري في جميع ما له وما عليه ^(٢) . ونحن من هذا الرأي ، وهو ظاهر ، إنما إذا أراد الوكيل أن يأخذ الصفقة فيجب أن يتنحى عن مباشرة البيع .

١٢٨ — شفعة الوارث في البيع الحاصل لأجنبي في مرض الموت : أورد الأستاذ زكي العراقي بك هذه الحالة ، وقال بشأنها ما يأتي :

(١) نجيب الهلال بك نبذة ٤٢١ ص ٢٦٣ وما بعدها .

(٢) نجيب الهلال بك نبذة ٤٢٩ ص ٢٦٧ — حلي عيسى إيشا ، شرح البيع ،

نبذة ٩٣٠ ص ٢٩٤ — دي هلس جزء ٤ بيع نبذة ٦٢ .

« قد نصت المادة (٢٥٤) أنه لا ينفذ ^(١) البيع الحاصل من المورث ، وهو في حالة مرض الموت ، لأحد ورثته ، الا اذا أجاز له باقي الورثة . فاذا باع المورث عقارا لأجنبي ، وهو في مرض الموت ، وكان الوارث شفيما لهذا العقار ، فلا يجوز له استعمال الشفعة الا بإجازة الورثة ، والا فلا يمكنه تملك العقار المباع بالشفعة ^(٢) . »

ونحن نرى — بشأن جواز الشفعة أو عدم جوازها في هذه الحالة — وجوب التفرقة بين فرضين :

(١) أن يكون البيع بأقل من القيمة .

(٢) أن يكون البيع بمثل القيمة .

وذلك لأن نص المادة ٣٢٠/٢٥٤ مستمد من الشريعة الاسلامية ، وقد أعطى القهاء البيع للوارث في مرض الموت حكم الوصية ، لا قراض أنه ليس بيعا حقيقيا ، وأنه في الواقع يستر هبة أريد تشكيلها بشكل البيع تخلصا من قيد اجازة الورثة ، ولذلك يجوزون في هذا البيع أحكام الوصية ^(٣) .

واختلف الشراح والمحاكم في حكم البيع بمثل القيمة لاختلاف قهواء الشرع : فاتبع بعض الشراح والمحاكم ^(٤) رأي الامام أبي حنيفة في أن البيع لا يجوز لوارث ، ولو بمثل القيمة أو أضعافها ، الا بتصديق باقي الورثة ، دفعا لايثار بعضهم بالأعيان ، وذلك لأن الناس لهم أغراض في العين ، فلا يجوز للمورث ايثار بعض الورثة بها .

واتبع البعض الآخر من الشراح والمحاكم ^(٥) رأي الصاحبين في أنه لاحق

(١) n'est valable .

(٢) الرابي بك ص ٣٨ .

(٣) نجيب الهلال بك بنة ٣٩٦ ص ٢٤٠ — ٢٤١ .

(٤) هالتون ٢ ص ٨ — استئناف غنط ٢٥ مارس ١٩٢٢ (٣٤ ص ٢٤٨) .

(٥) دي هلس جز ٤ بيع بنة ٢٨ — استئناف أملي ١٤ أبريل ١٩١٤ (دائرة

حسن جلال بك ومستر كلايكوت ومحمد شكرى باشا) المصرائع ١ رقم ٣٤١ ص ١٩٠ .

لباقى الورثة فى الاعتراض ، لأن القرينة المفترضة فى المادة ٢٥٤/٣٢٠ ليست قرينة قاطعة ، بل انها تقبل الدليل العكسى ، فقد يكون البيع حقيقيا لاساترا لوصية ، وفى هذه الحالة يجوز للوارث اثبات عكس هذه القرينة .
والرأى الثانى أعدل ^(١) .

ومن رأينا أنه تجوز الشفعة فى الحالة الثانية ، ولا تجوز فى الحالة الأولى ، لأن الشفعة لا تجوز الا فى اليسوع ، فلا تجوز فى الهبة والوصية ، والقاعدة أنه اذا اتصف المقدم بغير صفته الحقيقية لا يعمل على الشكل الظاهر للعقد ، ويكون للشفيع أن يثبت حقيقته بكل طرق الاثبات .

ترأحم الشفعاء

١٢٩ — يجب التفرقة بين حالة ما يكون الشفعاء من طبقات مختلفة ، أو من طبقة واحدة .

١٣٠ — (١) الشفعاء من طبقات مختلفة — اذا كان الشفعاء من طبقات مختلفة طبقت الفقرة الأولى من المادة ٧ ، ونصها :

« En cas de concours de plusieurs préempteurs le droit de préemption appartient :
الشفعة :

أولا — للمالك الرقة .
En premier lieu, au nu propriétaire;

ثانيا — للشريك الذى له حصة copropriétaire;
مشاعة .

ثالثا — لصاحب حق الانتفاع .
En troisième lieu, à l'usufruitier;

رابعا — للجار المالك » .
En quatrième lieu, au propriétaire voisin".

وليس لأحد من هؤلاء الحق فى الشفعة اذا وجد من يتقدم عليه فى المرتبة بحسب هذا الترتيب .

فاذا لم يستعمل أحدهم حقه في الشفعة حل محله الذي يليه .

١٣١ - (٢) الشفعة من طبقة واحدة - اذا كان الشفعة من طبقة واحدة طبقت الفقرة الثانية من المادة ٧ ، ونصها :

« S'il y a concours de plusieurs propriétaires ou usufruitiers le droit de préemption appartiendra à chacun d'eux dans la proportion de ses droits. »

فاذا تعدد مالكو الرقبة أو الشركاء أو أصحاب حق الانتفاع فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه .

Et entre voisins la préférence appartiendra à celui qui peut tirer de la préemption un plus grand avantage pour son fonds. »

واذا تعدد الجيران يقدم منهم من تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره .

فالفقرة الثانية من المادة ٧ تفرق بين حالة تعدد مالكي الرقبة أو الشركاء أو أصحاب حق الانتفاع من جهة ، وحالة تعدد الجيران من جهة أخرى .

١٣٢ - ماله تعدد مالكي الرقبة أو الشركاء أو أصحاب حق الانتفاع : « اذا تعدد مالكو الرقبة أو الشركاء أو أصحاب حق الانتفاع فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه dans la proportion de ses droits . »

ويمكن التساؤل هنا عما اذا كان المراد من النصيب هو النصيب في المقدار أو القيمة ؟ .

يقول فتحي زغول باشا^(١) ان الرأي الذي يجب اعتباره هو القيمة ، قياسا على ما جاء في القانون في حق الجار المالك ، اذ نص على أنه يجب أن تكون قيمة العقار المشفوع به مساوية لنصف قيمة العقار المشفوع على الأقل .

أما دى هلتس فيعتبر النصيب في المقدار^(٢) . ونحن نفضل هذا الرأي .

(١) ص ٩٠ .

(٢) نبذة ٨٧ .

وبلاحظ أن حكم الفقرة الثانية من المادة ٧ ينطبق على مذهب الامام الشافعي والامام مالك ، لا على رأى الامام الأعظم الذى يرى القسمة بين الشفاء بالنسبة لعدد دم ، لا بالنسبة للسكهم كما تقدم^(١) .

١٣٣ — مائة تعدد الجيراه — اذا تعدد الجيران يقدم منهم من تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره^(٢) .

La préférence appartiendra à celui qui peut tirer de la préemption un plus grand avantage pour son fonds.

واقاضى هو الذى يقدر ذلك على حسب الأحوال^(٣) . وعند الشك تكون الأولوية للمشتري ، وبذلك لا تخرق حرية التعاقد^(٤) . وفى هذا تطبيق للقاعدة التى تقرر تفضيل واضع اليد عند التساوى in pari causa melior est causa possidentis .

والحكم فيمن يعطى الأولوية من الجيران يجب مراعاة موقع عقار كل منهم وتخصيصه وضرورة توسيعه اذا كان لا يفي بتخصيصه الحالى^(٥) .
أما الوجهة الشخصية للشفيع فلا تهم ، فلا يدخل فى اعتبار الحكمة القوائد الشخصية التى يستطيع الشفيع اجتناءها من الشفعة ، بل تعتبر المقارنات متساوية

(١) راجع بنية ٤٨ .

(٢) استئناف مختلط ٣١ مارس ١٩٠٤ (١٦ من ١٨١) المجموعة الرسمية المختلطة ٢٩ من ٥٥١ ، ٢١ أبريل ١٩٠٤ (١٦ من ٢٠٤) ، ١٠ مايو ١٩٠٤ (١٦ من ٣٣٢) الاستغلال ٤ من ٢٤٦ ، ١٦ يونيو ١٩٠٤ (١٦ من ٣٣٠) .

(٣) استئناف مصر الأهلية ٦ ديسمبر ١٩٢٧ المخاماة ٨ رقم ٣١٧ من ٤٨٨ — فتحى زغلول باشا من ٨٩ .

(٤) استئناف مختلط ٢١ أبريل ١٩٠٤ (١٦ من ٢٠٥) ١٦ يناير ١٩٠٤ (١٦ من ٣٣٠) المجموعة الرسمية المختلطة ٢٩ من ٣٨٣ — قارن زكى الراى بك بنية ٦٧ من ٤٢ .

(٥) استئناف مختلط ١٦ يونيو ١٩٠٤ (١٦ من ٣٣١) ، ٧ مارس ١٩٠٧ (١٩ من ١٦٩) .

من هذه الوجهة ^(١) .

كذلك لا يعتبر — عند الحكم في الترجيع أو التقدم — للضار أو نقص القيمة المحتمل ترتبها عن فروض لا يوجد ما يبعث على تحققها ^(٢) .

فإن كان بين الشفعاء الجاورين شفيع مجاور من حد واحد ، وكان المشفوع به حق ارتفاق ، جاز أن يكون هذا الجار هو الأحق بالشفعة من غيره ، لأن له منفعة خاصة من الشفعة ، وهي إبطال حق الارتفاق للترتب على عقاره ^(٣) .

وقد حكم بأنه إذا حصل التزام بين جارين للعقار المشفوع ، وكان عقارهما مثقلين بحقوق ارتفاق ، تكون الأولوية لمن كان عقاره مثقلاً بحقوق ارتفاق أوسع نطاقاً وأشد عبثاً من التي تثقل عقار الجار الآخر ^(٤) .

وحكم بأنه إذا كان التزام بين جارين شفيعين لكل منهما حق ارتفاق بالرى *servitude d'irrigation* على الأرض المشفوعة ، ولكن أحدهما جواره من جهة واحدة ، في حين أن جوار الآخر من جهتين ، فإن الأخير هو الذي يفضل ^(٥) . وأنه إذا كان التزام بين جارين عقار أحدهما أكبر وأحسن موقفاً من عقار الآخر ، تكون الأولوية لصاحب العقار الأصغر ، لأنه يضمه إلى العقار المشفوع يحصل على منفعة أكثر من الجار الآخر ^(٦) .

وقضت المحكمة المختلطة بتفضيل صاحب العقار الأصغر على صاحب العقار الأكبر الذي لعقاره شكل منتظم *une forme parfaitement régulière* ، وله

(١) استئناف مخطط ٧ مارس ١٩٠٧ (١٩ ص ١٦٩) ، ١٢ أبريل ١٩١٣ (٢٥ ص ٢٢٩) .

(٢) استئناف مخطط ٢١ أبريل ١٩٠٤ (١٦ ص ٢٠٤) .

(٣) فتى زغلول باشا ص ٨٩ .

(٤) استئناف مخطط ٢٤ أبريل ١٩٢٣ (٣٥ ص ٤٠٠) .

(٥) استئناف مخطط ١٠ مارس ١٩٢٥ (٣٧ ص ٢٧١) .

(٦) استئناف مخطط ١٦ مايو ١٩٠٧ (١٩ ص ٢٦٣) ، ٢١ أبريل ١٩٠٤ (١٦ ص ٢٠٤) .

اتصال بالطريق العام من ثلاث جهات ^(١) .

ويرى بعض الشراح أن الترجيح يجب أن يكون دائما لجار واحد ، كما هو ظاهر من النص ، حيث يعبر عن يكون له التقدم بصيغة المفرد ^(٢) .

ويرى البعض الآخر جواز القسمة بين الجيران عند التساوى ^(٣) .

وبهذا الرأي الأخير قضت محكمة الاستئناف المختلطة ، اذ قررت أن حق الشفعة منشؤه الشريعة ، والشريعة تجيز بحسب الأحوال القسمة بين الجيران المتعديدين ، ولا يمنع نص الفقرة الأخيرة من المادة جواز القسمة ^(٤) .

وهذا يتفق مع ما قرره قانون الشفعة في مواضع أخرى من جواز التقسيم ^(٥) .

(١) استئناف مختلط ٧ مارس ١٩٠٧ (١٩ ص ١٦٩) .

(٢) فورجير ص ٣١٦ و ٣١٧ .

(٣) دى هلنس نبذة ٩٠ — فتحى زغلول باشا ص ٩٠ — زكى الرابى بك نبذة ٦٧ ص ٤٢ — استئناف مصر الأهلية ٦ ديسمبر ١٩٢٧ (دائرة محمد مصطفى بك وزكى برزى بك وعبد الباقى زكى القشبرى بك) المحاماة ٨ رقم ٣١٧ ص ٤٨٨ ، وقد جاء فيه :
وحيث ان هذه المسألة من الوقائع المتروكة لنظر القاضى لتقديرها حسب ظروف كل قضية .

« وحيث ان تحرير الخير أسهب فى بيان هذا الموضوع وجمع شهادة الصهود وعابن الأرض وبين موقعا المستطيل وطرق ريها وشرح المضار والمزايا التى تنتج من تفضيل أحد الطرفين على الآخر ، وتوصل به هذا البحث الى الحل الذى ذكره فى تقريره وأخذت به محكمة أول درجة ، وهو تقسيم أرض الشفعة بين المتأنف والمتأنف عليه الى قسمين غير متساويين ، أحدهما يعطى للشفيع ، وهو المتأنف عليه الأول ، وهو المجاور لأرضه ، ومقداره ١٥ قيراطا و ٧ أسهم ، والثانى يعطى للشترى ، وهو المتأنف ، ومقداره قدان و ١٠ قيراط و ١٧ سهما ، وقد لاحظ أيضا مقدار الثمن الواجب دفعه من الشفيع للأسباب التى أبدتها فى تقريره .

« وحيث ان المحكمة بعد اطلاعها على تقرير الخير وأعماله المفصلة تفصيلا تاما ترى الأخذ بالتقرير المذكور لكونه أقرب للعدل ولوحظ فيه للشفعة التى تعود على كل من الطرفين من الشفعة ومنع الضرر الذى يتوقع حصوله لو استأثر أحدهما بجميع المفعة » .

(٤) استئناف مختلط ٢١ ابريل ١٩٠٤ (١٦ ص ٢٠٥) .

(٥) دى هلنس نبذة ٩٠ .

ولكن المحكمة المختلطة عادت بعد ذلك قررت أن قسمة العقار المشفوع التي كانت مقررة في الشريعة الاسلامية قد ألغتها قانون الشفعة الذي يعطى في حالة التزام الأولوية للجار الذي تعود على عقاره منفعة أكثر من غيره ، ولا يقرر القسمة الا في حالة التزام بين ملاك الرقبة أو الشركاء في الملك أو أصحاب حقوق الانتفاع^(١) .

ونحن نفضل هذا الرأي .

١٣٤ — طلب بعض الشفعاء كل المبيع — اذا كان للعقار المشفوع شفعاء عديدون ، ولكن لم يطلب الشفعة منهم الا بعضهم ، وجب أن تكون العين المشفوعة كلها من حق الطالبين^(٢) .

وكذلك اذا طلبوا الشفعة ، ولكن سقط حق بعضهم لتقدمه بعد الميعاد القانوني ، فلا يوجد ما يمنع من أن تكون العين المشفوعة كلها من حق الباقيين^(٣) .

المشترى أحد الشفعاء

١٣٥ — المجموعة المدنية — كانت المادة ٩٥ من المجموعة المدنية المختلطة تنص على أن الشريك في الملك المشاع الأخذ بالشفعة ممن اشترى وصار شريكا مثله ، وعليه أن يشارك فيما أخذه بالشفعة جميع شركائه في العين اذا طلبوا ذلك .

(١) استئناف مختلط ٢٢ فبراير ١٩٢٧ (٣٩ من ٢٥٩) .

(٢) راجع مصر ٢٢ يونيو ١٨٩٩ (دائرة القضاة أمين على وقمطندى حجار ومحمد نوفق) المحقوق ١٤ من ٥٣٩ . وقد جاء في هذا الحكم أيضا أنه في هذه الحالة تهمس العين بين الطالبين على عدد الرؤس . ولكن يلاحظ أن هذا الحكم صادر قبل قانون الشفعة ، ولا يتفق مع نص الفقرة الثانية من المادة ٧ التي تنص بقسمة العين بحسب الأصباء كما سبق .

(٣) استئناف مختلط ٢١ مايو ١٩٠٨ (٢٠ من ٢٤٣) . وقد جاء في هذا الحكم أنه اذا طلب الشفعة شريكان في حالة بيع شريك آخر حصته ، وسقط حق أحد الشفيعين لتقديم طلبه بعد الميعاد فلا يوجد ما يمنع الشفيع الآخر من طلب الشفعة في كل الحصة المبيعة .

ولم تنص المجموعة المختلطة على حالة ما اذا طلب الشفعة جار وكان المشتري جاراً أيضاً .

ولم تأت المجموعة الأهلية بنص المادة ٩٥ مختلط ، ولا بأى حكم خاص بالحالة التى تتوافر فيها أسباب الشفعة فى المشتري .

وقد تضاربت الأحكام المختلطة والأهلية بسبب ذلك .

فقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن لا شفعة للجار من المشتري الجار^(١) .

ثم قضت بمجاوز الشفعة ولو كان المشتري جاراً ، وبأنه يجب قسمة العقار للشفوع بين الجار المشتري والجار طالب الشفعة^(٢) .

وقضت بعض المحاكم الأهلية بأن لا شفعة من شفيع^(٣) .

وقضى بعض آخر بأن لا أصل للقول بأن الشفيع لا يأخذ من شفيع مثله ،

بل انه يجوز الأخذ من المشتري الشفيع ومقاسمة طالبى الشفعة له^(٤) .

١٣٦ — قانونه الشفعة — أراد قانون الشفعة الجديد أن يضع حداً

للمخلاف فى قضاء المحاكم بسبب قصص النص فى المجموعة المختلطة وعدم النص أصلاً فى المجموعة الأهلية كما تقدم ، فجاء بالمادة الثامنة التى نصها :

« يثبت حق الشفعة وتراعى الأحكام المقررة فى المادة السابقة (المادة ٧)

فما يتعلق بالأولية ، ولو كان المشتري حائزاً لما يجعله شفيعاً باعتبار ما ذكر فى المادة الأولى » .

(١) ١٤ يناير سنة ١٨٩٢ (٤ من ١٣٣) .

(٢) ١٢ يونيه سنة ١٨٩٥ (٧ من ٣٩١) .

(٣) راجع استئناف مصر ١٧ نوفمبر سنة ١٨٩٨ القضا ٦ من ١٣٩ ، ١٥ ديسمبر ١٨٩٨ (دائرة سعد زغلول بك ومسبو دى هلنس ومستر كوجلن) القضا ٦ من ١٧١ ، ١٥ يونيه ١٨٩٩ الحقوق ١٤ من ١٩٠ — مصر الابتدائية ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٩٨ (دائرة أحمد قنصى بك وأحمد عرنى بك والقاضى محمد صالح) القضا ٦ من ١٧٩ .

(٤) راجع : الاسكندرية حكم استئناف ٢٩ ابريل ١٨٩٧ القضا ٤ من ٣٥٧ ، ٣٠ ديسمبر ١٨٩٧ القضا ٥ من ٧٩ — استئناف ١٢ يناير سنة ١٨٩٩ القضا ٦ من ١٨٩ .

“Le droit de préemption subsiste et la règle établie à l'article précédent qui détermine la préférence est applicable même dans le cas où l'acquéreur se trouverait dans les conditions prévues à l'article premier pour se rendre lui-même préempteur”.

ويؤخذ من هذه المادة أن المشتري يكون له الحق في الشفعة والتزام مع غيره اذا توافرت فيه الشروط اللازمة لطلب الشفعة .

غير أنه يجب أن يلاحظ أن المشتري ليس ملزماً بمراعاة الاجراءات المدونة بالقانون لاستعمال حق الشفعة ، لأنه فيما يخص به لا يشفع بالمعنى الحقيقي للكلمة ، فانه لا يحصل على ملكية جديدة بالحلول في شراء شخص آخر ، وانما هو يستبقى ملكا قد حازه قبل ذلك ، متمسكا بأولوية مستنداته لدفع دعوى طالب الشفعة (١) .

١٣٧ — المشتري ليس من مرتبة الشفعاء — لا خلاف بين الشراح والمحاكم فيما اذا كان الشفعاء من درجات مختلفة ، وتوافرت في المشتري أسباب الشفعة ، فان قاعدة الترجيح المبينة في المادة السابعة تطبق حينئذ ، كما هو مذكور صراحة في المادة الثامنة .

فاذا كان المشتري أحد الشركاء في الحصة المبيعة ، وطلب الجار الأخذ بالشفعة ، وجب ترجيح الشريك المشتري على الجار الشفيع . وكذلك اذا كان المشتري هو الجار ، وطلب بالشفعة الشريك في الحصة المبيعة ، فانه يجب ترجيح الشريك على الجار ، لأنه أسبق منه في المرتبة .

١٣٨ — المشتري من مرتبة الشفعاء — وانما اتهم الشراح والمحاكم في الحالة التي يكون فيها الشفعاء من مرتبة المشتري ، كما اذا بيع لشريك حصة شائعة ، وطلب باقي الشركاء في الحصة المبيعة الأخذ بالشفعة ، فهل يتميز المشتري ولا تجوز شفعة الباقيين ، أم هل تجوز الشفعة ، ويقسم المبيع بين الشفعاء

والمشتري .

يقول رأى يجوز الشفعة ، على أن تقسم الصفقة المبعة بين طالب الشفعة والمشتري ^(١) .

ويقول رأى آخر بعدم جواز الشفعة لعدم النص ^(٢) .

١٣٩ - مبيع الفائلين بجواز الشفعة :

(١) ان حق الشفع في الشفعة حق مطلق ما لم ينص على تحريمه ، فالشفعة حق ثابت لكل من توافر فيه شروط الشفعة ، وحسبه التمسك بالمادة الأولى من القانون ، وهي مصدر الحق وأصله ، فلا يحرم منه صاحبه الا بنص صريح ، مهما كان هذا الحق عمقوتا واستثنائيا . ومن المبادئ الشرعية أن المطلق

(١) من هذا رأى : مغلول الجزئية ١١ ديسمبر ١٩٢٤ (القاضي عبد العزيز كامل)
الحاماة ٥ رقم ٣٨٨ ص ٤٥٩ الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ١٠٢٠ .

بني سوف الابتدائية ٣٠ ديسمبر ١٩٢٧ في القضية نمرة ٦٧٥ سنة ١٩٢٦ (لم ينشر
ومثار اليه في حكم بني سوف الابتدائية ١٠ أكتوبر ١٩٢٨) .

بني سوف الابتدائية ١٠ أكتوبر سنة ١٩٢٨ (دائرة القضاة كامل حنا وبادير يوسف
واسماعيل مجدى) الحاماة ٩ رقم ٢٤٥ ص ٤٢٩ .

دى هلثس نبذة ٤٦ و ٩١ .

فتحى زغلول باشا ص ٩٠ و ٩١ .

زكى الراى بك نبذة ٦٨ ص ٤٣ .

حامد فهمى بك (المشتري الشفع كغيره من الشفاء استحقاقا ومزاجة) الحاماة ٨
ص ٢٦١ .

عبد السلام ذهنى بك « فى الأموال » نبذة ٥٠٦ ص ٦٩٣ .

(٢) استئناف مخطوط ٢ ابريل ١٩١٣ (٢٥ ص ٢٧٩) .

طنطا الابتدائية ١٧ مايو ١٩٢٠ الحاماة ١ ص ٣٤٠ رقم ٦٢ .

الاسكندرية الابتدائية ١٢ ابريل ١٩٢٣ الحاماة ٤ رقم ٩٨ ص ١٤٠ .

بني سوف الابتدائية ٢٨ يناير ١٩٢٦ في القضية نمرة ٧٣٨ سنة ١٩٢٥ (لم ينشر
ومثار اليه في حكم بني سوف الابتدائية ١٠ أكتوبر ١٩٢٨) .

استئناف أسبوط ٢ مارس ١٩٢٧ (دائرة على حسين باشا واسماعيل الحكيم بك وعمد
توفيق حتى بك) الحاماة ٧ رقم ٤٧٤ ص ٨١٤ المجموعة ٢٨ رقم ٨٥ ص ١٦٠ .

يجرى على إطلاقه إذا لم يقدّم دليل التقييد نصاً أو دلالة ، ولا وجود لنص التحريم أو التقييد في هذه الحالة ، لأن الشارع حصّره وجوه التحريم في المواد ٣ و ٤ و ٥ و ٦ من القانون ، ثم فرغ منها وأتى على أحكام التزام ، فلو كان مراده تحريم الشفعة على الشريك أو الجار متى كان المشتري شريكاً أو جاراً لما فاته أن ينص على ذلك نصاً خاصاً ، والمقام مقام حرمان من حق ثابت أصلاً ، أسوة بما نص عليه صراحة في المادة ٥ من أنه لا يصح الأخذ بالشفعة من الموهوب له ولا ممن تملك بنير المباينة ، أو كان الشارع على الأقل قد ألحق بهذه المادة عبارة « ولا من المشتري إذا كان ممن لم يقدّم حق الشفعة وكان من طبقة الشفع » ، ولكنه لم يفعل ، لأن نيته لم تنصرف إلى تحريم الشفعة في هذه الحالة ، بل انصرفت إلى النص على أن الحق يظل قائماً حتى لو كان للمشتري صاحب حق أيضاً ، ولكنه خشي اغفال النص على تنظيم التفاضل أو الأولوية ، في هذه الحالة أيضاً ، فأشار إلى وجوب مراعاتها وفقاً للترتيب الوارد في المادة السابعة ^(١) .

(٢) ان ما يقال من عدم توافر حكمة الأخذ بالشفعة من مشتر هو شريك في المين أو جار لها من قبل ، وهو دفع الأذى المحتمل من الشريك الدخيل أو الجار الحادث مردود بما دونه الفقهاء في كتب الشريعة ، وهي مأخذ الشفعة ، من أن سببها الاتصال بالشركة أو الجوار ، وهذا الاتصال هو الأصل والحكم المطرد ، وهو مظنة الضرر بقطع النظر عن إيجاب تحققه وتوافر وجود الحكمة في كل شفعة ، ومن أجل ذلك أثبتها العلماء لكل شريك أو جار ، وجد الضرر أو لم يوجد الضرر كما أثبتوها للمشتري يزحم بها غيره من الشفعاء إذا كان أقوى منها سبباً ، ويزحمونه إذا قوى سببهم على سببه ، أو يتقاسمون إذا تساووا في السبب ^(٢) .

(١) حكم بنى سوف الابتدائية ١٠ أكتوبر ١٩٢٨ .

(٢) راجع مقال الأستاذ حامد فهمي بك ص ٢٦٢ و ٢٦٧ وما بعدها وحكم بنى سوف الابتدائية ١٠ أكتوبر ١٩٢٨ .

(٣) انه وان كان القانون لم ينص على حاله تراحم الشفعاء والمشتري ان كانوا في مرتبة واحدة ، فانه لم يكن في حاجة مطلقا الى النص صراحة على جواز الشفعة في هذه الحالة ، وعلى قسمة الدين بين أصحاب الدرجة الواحدة شفعاء ومشتريين ، لأن نص الفقرة الثانية من المادة السابعة من قانون الشفعة يفي عن هذا النص (١) .

(٤) ان استناد الرأي المخالف الى الفاء المادة ٩٥ مدني مختلط قديمة التي كانت تنص على حق الشريك في الشفعة من المشتري الشريك استناد ضعيف ، فان تلك المادة لم تلغ لنتها ، ولا كان الالفاء مقصورا عليها ، بل تناول فصل الشفعة برمته ، لقصوره وإيجازه ، واستعاضة الشارع عنه وعن مثيله في القانون الأهلي بقانون خاص ، تناول نص المادة ٩٥ وأكثر منها ، ولا يمكن أن يؤخذ من الفائها عدول الشارع عن العمل بمضمونها (٢) .

(٥) ان امتياز أحد الشركاء بالصفقة وحرمان آخرين منها يخلل التوازن بين أنصبتهم .

١٤٠ — مبحث الفاعلين بمصرم جواز الشفعة :

(١) ان الشفعة انما شرعت للضرورة ، وهي منع الأذى المحتمل من وجود شريك حادث في ملكية حصة شائعة في العقار غير المقسوم ، أو من وجود جار جديد ، بمعنى أنها حق استثنائي قرره الشارع لضرورة خاصة وان ترتب عليه المساس بحق الملك . ومن ثم وجب الاحتراس من التوسع أو الخروج عن النصوص التي جاءت خاصة بتسريع الشفعة (٣) . فيجب عدم التوسع في نص المادة ٨ ، الا بقدر ما يرمى اليه ، وهو تطبيق أحكام المادة السابعة فيما يتعلق بالأولوية فقط دون غيرها ، فذلك الرقبة يشفع في شراء الشريك الذي له حصة

(١) حكم بني سويف الابتدائية ١٠ أكتوبر ١٩٢٨ — حامد فهمي بك ص ٢٧٢ .

(٢) حكم بني سويف الابتدائية ١٠ أكتوبر ١٩٢٨ .

(٣) استئناف أسبوط ٢ مارس ١٩٢٧ — مختلط ١٢ أبريل ١٩١٣ (٢٥ ص ٢٧٠) .

مشاعة ، وهذا يشفع في شراء صاحب حق الانتفاع ، وهذا يشفع في شراء الجار المالك ، والجار الذي تمود على ملكه منفعة أكثر من غيره يشفع في شراء هذا الغير . أما لو تعدد مالكو الرقبة أو الشركاء أو أصحاب حق الانتفاع وكان أحدهم مشتريا فلا شفعة ممن هم في درجته فيما اشتراه ، لعدم النص على ثبوت حق الشفعة في هذه الحالة من جهة ، ولانتفاء الضرر من جهة أخرى ^(١) .

(٢) يقول المعارضون لهذا الرأي ان حق الشريك في الشفعة حق مطلق ، بحيث يكون للشفيع على قولهم حق الأخذ بالشفعة مطلقا بمجرد حصول البيع ، وان القانون لم ينص على استثناء حالة المشتري الحائز لما يجعله شفيعا من هذا الاطلاق .

ولكن النص المشار اليه وان أطلق حق كل شريك في الأخذ بالشفعة فانه لم يطلق له هذا الحق ضد كل مشتر ، وعليه فلا يمكن صرف هذا الاطلاق أيضا الى للشعور منه الشريك على الشاع لعدم النص . يؤيد ذلك أن القانون قد عني بوضع نص خاص بالمشتري في حالة خاصة أوضحها في المادة الثامنة منه ،

(١) استئناف مصر الأهلية ٢٤ نوفمبر ١٩٢٧ (دائرة على سالم بك ومحمد فريد الشافعي بك ومحمود المرجوشي بك) المجموعة ٢٩ رقم ١٤٢ ص ٣٣٤ .

وتقول محكمة طنطا الابتدائية في حكمها الصادر في ١٧ مايو سنة ١٩٢٠ (دائرة القضاة عبد الحميد بدوي وخليل عنت وصالح جعفر) المجلد ١ رقم ٦٢ ص ٣٤٠ :

« وحيث ان قصر النص في المادة الثامنة على أحكام الأولوية بني جواز التماس ، وذلك بمفهوم المخالفة ، خصوصا أن اللة التي بنيت عليها قاعدة التقسيم المقررة في المادة السابعة متنية في هذه الحالة ، إذ أنه اذا جاز التقسيم بين الشفعة لعدم وجود وجه تفضيل أحدهم على الباقيين ، ولأن الأذى بالشريك الجديد يتركهم جميعا ، فلا وجه للتقسيم بين الشفعين بالشركة والمشتري الشريك ، لأن الأذى متنفذ ، ولأنه لم يجد بالشراء الا أن المشتري زادت حصته باعتباره شريكا ونهس عند الشركاء واحدا ، ولأن التقسيم اذا جاز كان مناه يجب ألا يستأثر أحد الشركاء بتصيب غيره من الشركاء ، ويجب أن يتنفع الشركاء جميعا به اذا طلبوا ذلك ، وليس ذلك غرض الشفعة ، ويجب انذ كلما كان المشتري حائزا لما يجعله شفيعا أن يختص وحده بما اشتراه اذا لم يشفع في العين المبيعة من كان أقوى منه سببا ، ويكون تماهله بالشراء مع المالك وجه تفضيل له على غيره ممن هم في درجته » .

وهي الحالة التي يكون فيها المشتري شفيها ، وطالب الشفعة أسبق منه باعتبار قاعدة الأولوية المذكورة في المادة السابعة^(١) .

(٣) يقول الرأي المعارض ان أحكام الشريعة قد أجازت الشفعة من الشريك ، ومن ثم وجب حتما الرجوع الى تلك الأحكام . وهذا قول مردود ، لأن مادة الشفعة وان كانت مأخوذة أصلا من الشريعة الاسلامية ، الا أن القانون المدني قد وضع لها على التعاقب نظاما متفقا مع الضرورة التي أوجبتها ، بحيث لا يصح الخروج عن أحكام النصوص التي اكتفى الشارع المصري بوضعها لها وحصرها فيها دون غيرها من الأحكام الخاصة بالشفعة في كتب الفقهاء .

وقد كان للشريك على المشاع أن يأخذ بالشفعة نصيبا مناسبا لحصته فيما اشتراه شريكه من العقار المشترك ، وذلك عملا بالمادة ٩٥ من القانون المدني المختلط التي ألغيت .

ولكن التشريعين المدنيين الجديدين المختلط والأهلي فيما يختص بالشفعة قد جاءا بقانوني ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠ وللأول و ٢٣ مارس سنة ١٩٠١ للثاني ، في نصوص واحدة . وقد نص في أولها على إلغاء المواد من ٩٣ الى ١٠١ من القانون المدني المختلط ، وبذلك تكون المادة ٩٥ السابق الكلام فيها قد ألغيت في قانون الشفعة الجديد للمعالم المختلطة^(٢) .

(٤) يقول الرأي المعارض بأن لا حاجة للشارع الى النص صراحة في قانون الشفعة على قسمة العين بين أصحاب الدرجة الواحدة شفاء ومشتريين ، اكتفاء بنص الفقرة الثانية من المادة السابعة ، وهذا قول مردود أيضا ، لأن المادة السابعة من قانون الشفعة نصت في الفقرة الأولى منها على أن يكون الحق في الشفعة في حالة تعدد الشفاء على التفاضل ، وبالترتيب المذكور فيها ، ثم

(١) استئناف أسبوط ٢ مارس ١٩٢٧ .

(٢) حكم استئناف أسبوط ٢ مارس سنة ١٩٢٧ .

نصت في الفقرة الثانية منها على حالة تعدد الشفعاء من مالكي الرقبة أو الشركاء أو أصحاب حق الانتفاع فيما بين كل فريق منهم ، ومعنى هذا النص صريح في أن الفقرة الأولى منه تقتضي تعدد الشفعاء من درجات مختلفة ، والفقرة الثانية تقتضي حالة تعدد الشفعاء من درجة واحدة ، وفي كلتا الحالتين يكون الأخذ بالشفعة من مشتر غير شفيع .

وبما أن المادة الثامنة من القانون قد أتت بعد المادة السابعة ونصت على ما يأتي « يثبت حق الشفعة وتراعى الأحكام المقررة في المادة السابقة فيما يتعلق بالأولية ولو كان المشتري حائزاً لما يجعله شفيعاً باعتبار ما ذكر في المادة الأولى » ، فهذا النص يدل صراحة على أن حق الشفعة يثبت للشفيع إذا كان الشفيع أسبق في الدرجة ، بحسب ترتيب الفقرة الأولى من المادة السابعة ، من المشتري الحائز لما يجعله شفيعاً بقتضى المادة الأولى ، وعلى ذلك لا يكون للشفيع أن يشفع من شفيع إلا إذا كان أسبق منه في الدرجة بحسب الأولوية التي نصت عليها المادة السابعة فقرة أولى منها من قانون الشفعة ^(١) .

(٥) لا محل للقول بأن امتياز أحد الشركاء على المشاع بالصفقة وانفرادها بها وحرمان باقي الشركاء منها يخل بالتوازن بين أنصبتهم ، لأن الشارع قد لاحظ في ذلك انعدام علة الشفعة في هذه الحالة ، لعدم وجود شريك جديد في الغار المشترك ، هذا فضلاً عن أن حكمة الشفعة ، انما هي دفع الأذى المحتمل من وجود شريك أو جار جديد ، لا دفع اختلال التوازن بين أنصبة الشركاء ^(٢) .

١٤١ - رأينا - نحن من الرأي الأول للأسباب التي استند عليها ، ولأن هذا الرأي يتفق مع النص الفرنسي للمادة ٨ ، ولا يخفى أن نص المادة ٨ وضع أولاً بالفرنسية للمحاكم المختلطة ، ثم قل كما هو للمحاكم الأهلية .

(١) استئناف أسبوت ٢ مارس سنة ١٩٢٧ .

(٢) حكم استئناف أسبوت وخطا المتقدمين .

والفرض منه هو وضع حد للخلاف الذي كان سائدا بين الحاكم قبل صدور قانون الشفعة ، فقد رأينا أن بعض الحاكم كان يقضى بأن لا شفعة من مشتري شفع ، وبعض آخر كان يقضى بأن الشفعة جائزة من المشتري الشفع ، قصد الشارع من وضع المادة فض هذا الخلاف ، قرر فيها أن حق الشفعة يبقى *Le droit de préemption subsiste même dans le cas où l'acquéreur se trouverait dans les conditions prévues à l'article 1^{er}, pour se rendre lui-même préempteur.* وأضاف المادة ٨ أن القاعدة الواردة في المادة السابقة من حيث التفضيل et la règle établie à l'article précédent qui détermine la préférence الحالة . وكان من اللازم اضافة هذه العبارة حتى لا يؤخذ من النص أن القانون قد عدل في حالة التزام مع المشتري عن القاعدة التي قررها في المادة السابعة ، بخصوص ترجيح من يكون أقوى سببا من الآخر ^(١) . ولم يكن الشارع في

(١) وقد ترجمت في النسخة العربية بعبارة « يثبت حق الشفعة » . وهذه العبارة وردت أيضا في المادة الأولى ترجمة لعبارة : *Le droit de préemption appartient* .

(٢) وقد جاء في حكم محكمة بنى سويف الابتدائية ١٠ أكتوبر سنة ١٩٢٨ :

« ان وجهة الخلاف في المسألة مرجعها خطأ الفريق الثاني في تأويل تلك المادة (المادة ٨) ، ولعل الخطأ ناشئ عن سقم النص العربي وترجمته ترجمة حرفية عن الفرنسية ، دون مراعاة الأسلوب النحوي ، فأوهم خلاف المراد منه ، حتى فهم بعضهم أن النص خاص بأحدى صورتى النزاع ، وهى صورة (مراعاة الأولوية) ، فخرج عن مدلولها اعتماد طبقة الشفع والمشتري ، وهنا وهم ، والمراد هو « يثبت حق الشفعة ولو كان المشتري حائزا لما يعطيه شفعا باعتبار ما ذكر في المادة الأولى ، هنا مع مراعاة الأحكام المقررة في المادة السابعة فيما يتعلق بالأولوية » . فانبأت حق الشفعة هو المقصود أصلا ، وأما مراعاة الأولوية فأمر ثانوى متفرع عنه يجب العمل به عند وجوده ...

« وحيث انه يؤخذ من ذلك أن النص لا يرمى الى حصر المسألة في دائرة ضيقة هى دائرة الأولوية ، إنما قصد بها استقرار حالة كانت متارخلاف قبل وضع قانون الشفعة ... وستت للمادة الثامنة لحسم الخلاف ، وورد في صدرها نفس العبارة التي صدر بها المادة ...

حاجة الى النص على وجوب القسمة في حالة اتحاد الدرجة ، بأن كان الشفيع والمشتري مالكي رقة أو شريكين أو صاحبي حق انتفاع ، وصدر المادة صريح في أن حق الشفعة يبقى حتى في الحالة التي تتوافر فيها في المشتري شروط الشفعة .

المقود التي تجيز الشفعة والتي لا تجيزها

١٤٢ — لا تجوز الشفعة الا في بعض الأحوال التي تنتقل فيها ملكية العقار من شخص الى آخر . وهذه الأحوال ليست واحدة في الشريعة الاسلامية وفي القانون . ولذلك سنذكر أولاً أحكام الشريعة الفراء ، ثم تأتي بأحكام القانون .

في الشريعة الاسلامية

١٤٣ — رأى المالكية — المشهور عن مالك أن الشفعة انما تجب اذا كان انتقال الملك بعوض ، كالبيع وهبة الثواب والصلح والمهر والخلع وارش الجنائيات وغير ذلك . وأما المتقل بغير عوض ، كالمبة بغير ثواب والصدقة والوصية والارث ، فلا شفعة فيه . وبهذا قال الشافعي . وحكى عن مالك رواية ثانية في المتقل بهبة أو صدقة ، أن فيه الشفعة ، ويأخذها الشفيع بقيمته . وحكى ذلك عن ابن أبي ليلى . لأن الشفعة ثبتت لازالة ضرر الشركة ، وهذا موجود في الشركة كيفما كان ، والضرر اللاحق بالتهب دون ضرر للمشتري ، لأن اقدام المشتري على شراء الشقص وبذله ماله فيه دليل حاجته اليه ، فانتزاعه منه أعظم

= الأولى ، وهي « يثبت حق الشفعة » ، ومن هنا يفهم أن هذه البارة هي المقصودة أصلاً دون عبارة « وتراعي أحكام الأولوية » ، على خلاف ما يفهم من أسباب حكم محكمة استئناف أسبوط . على أن في النص الفرنسي اصدر المادة الثامنة لفظاً أقوى دلالة من ثبوت الحق ، فان اللفظ subiaite يدل على وجوب استمرار حق الشفعة وقيامه حتى ولو كان المشتري صاحب حق في الشفعة ، والفهوم من ذلك تأكيد حق الشفعة في هذه الحالة مع مراعاة الأولوية عند الاقتضاء ، فاذا لم يكن للأولوية وجه تبيين الملل بالقرة الأخيرة من المادة السابعة .

راجع أيضاً مقال حامد فهمي بك ص ٢٦٦ وما بعدها .

ضررا من أخذه ممن لم يوجد منه دليل الحاجة اليه^(١) .

١٤٤ — رأى السافعية — تثبت الشفعة في الشقص المملوك بالبيع ،
لحديث جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به .
وتثبت في كل عقد يملك الشقص فيه بعوض ، كالأجارة والزواج والخلع ، لأنه
عقد معاوضة ، فجاز أن تثبت في الشقص المملوك به كالبيع .
فأما فيما ملك فيه الشقص بغير عوض ، كالوصية والهبة من غير عوض ،
فلا تثبت فيه الشفعة ، لأنه ملكه بغير بدل ، كما لو ملكه بالارث^(٢) .

١٤٥ — رأى الحنفية — يشترط أن يكون للشفوع شقصا منتقلا
بعوض . فالمنتقل بغير عوض أشبه الميراث . ولأن محل الوفاق هو البيع ، والخبر
ورد فيه . وليس غيره في معناه . لأن الشفيع يأخذ من المشتري بمثل السبب
الذي انتقل به اليه ، ولا يمكن هذا في غيره ، ولأن الشفيع يأخذ الشقص بشئنه ،
لا بقيمته ، وفي غيره يأخذه بقيمته فاقترقا^(٣) .

١٤٦ — رأى الحنفية — لا تثبت الشفعة عند الحنفية الا بعقد البيع
وما في معناه من المعاوضات المالية . وعمدة الحنفية ظاهر الأحاديث ، وذلك أن
مفهومها يقتضى أنها في المبيعات ، بل ذلك نص فيها^(٤) .

فلا تجب الشفعة بما ليس ببيع ولا بمعنى البيع ، حتى لا تجب بالهبة والصدقة
والميراث والوصية ، لأن الأخذ بالشفعة تملك على المأخوذ منه بما تملك هو ، فاذا
انعدم معنى المعاوضة فلو أخذ الشفيع اما أن يأخذ بالقيمة أو مجانا ، ولا سبيل الى
الأول لأن المأخوذ منه لم يملك بالقيمة ، ولا الى الثاني لأن الجبر على التبرع ليس

(١) بداية المجتهد ٢ ص ٢٤٤ — المغنى ٥ ص ٤٦٧ — ٤٦٨ — الخطاب ٥ ص ٣١٥ .

(٢) المهذب ١ ص ٣٨١ .

(٣) المغنى ٥ ص ٤٦٧ — ٤٦٨ .

(٤) مرشد المبرزين المادة ١٠٥ — المجلة المادية ١٠٢١ — سليم باز على المادة

١٠٢١ — البائع ٥ ص ١٠ — بداية المجتهد ٢ ص ٢٤٤ .

بمشروع ، فامتنع الأخذ أصلاً ^(١) .

وتثبت الشفعة سواء أصدر البيع من المالك نفسه ، أم من وكيله ، أم من النائب عنه ^(٢) .

ويشترط أن تكون المعاوضة معاوضة مال بمال ^(٣) . فإذا لم يكن البذل مالا معلوم المقدار فلا تصح الشفعة ، لأن جهالة الثمن تمنع الشفعة .

بناء على ذلك لا تجرى الشفعة في حالة ما يتزوج رجل امرأة ويحمل مهرها بيتاً ^(٤) . ولو تزوجها بغير مهر مسمى ثم باعها داره بمهر المثل تجب الشفعة . وكذلك لو جعل الدار بدل المهر المسمى عند العقد أو بعده ، فثبت فيها الشفعة ، لأنه حينئذ مبادلة مال بمال ، إذ أن ما أعطاه من العقار بدل عما في ذمته من المهر ^(٥) .

ولو تزوج امرأة على دار على أن ترد المرأة عليه ألقا ، فلا شفعة في شيء من الدار عند أبي حنيفة ، وعند الصاحبين تجب الشفعة في حصة الألف . وكذلك لو خالغ المرأة على أن يرد الزوج عليها ألقا ، فعلى هذا الخلاف ^(٦) .

كذلك لا تجرى الشفعة في الدار التي ملكت بدل الأجرة ، لأن بدل الدار هنا ليس بمال ، وإنما هي الأجرة التي هي من قبيل المنافع ^(٧) .

(١) الفتاوى الهندية • ص ١٦٠ .

(٢) شرح مرشد الحيران ص ٩١ .

(٣) الفتاوى الهندية • ص ١٦٠ — البدائع • ص ١٢ .

(٤) الزيلعي • ص ٢٥٣ — الفتاوى الهندية • ص ١٦٢ .

(٥) الفتاوى الهندية • ص ١٦٢ — سليم باز على المادة ١٠٢٥ من المجلة — الزيلعي • ص ٢٥٣ .

(٦) كذا في محيط السرخسي — الفتاوى الهندية • ص ١٦٢ — الزيلعي • ص ٢٥٣ — راجع بنفذة ١٥٣ .

(٧) المجلة المادة ١٠٢٥ .

راجع أيضاً مرشد الحيران المادة ١٠٨ : « لا شفعة فيما ملك بهبة بلا عوض مشروط فيها أو صدقة أو ارث أو وصية ، ولا في عقار ملك يدل ليس بمال ، كما لو استأجر شيئاً بدار أو حاتوت » .

وقال مالك وابن أبي ليلى والشافعي تجب فيه الشفعة .

١٤٧ — التفرقة بين المتقل بعوض وبغير عوض — مما تقدم يرى أن الفقهاء يفرقون بين المتقل بعوض والمتقل بغير عوض . ولا خلاف عندهم في جواز الشفعة فيما عوضه المال . كذلك لا خلاف عندهم في أنه لا شفعة في الميراث ^(١) . أما فيما عدا ذلك فقد تبانت الآراء .

١٤٨ — المتقل بعوض — ينقسم المتقل بعوض قسمين :

القسم الأول : ما عوضه للمال ، كالبيع ، فهذا فيه الشفعة بغير خلاف . وهو في حديث جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به . وكذلك كل عقد جرى مجرى البيع ، كالصلح بمعنى البيع ، والصلح عن الجنائيات الموجبة للمال ، والهبة المشروط فيها الثواب المعلوم ، لأن ذلك بيع ثبتت فيه أحكام البيع ، وبهذا يقول مالك والشافعي وأحمد وأصحاب الرأي . إلا أن أبا حنيفة وأصحابه قالوا لا تثبت الشفعة في الهبة المشروط فيها ثواب حتى يتقابضا ، لأن الهبة لا تثبت إلا بالقبض فأشبهت البيع بشرط الخيار . ورد على ذلك بأنه يملكها بعوض هو مال ، فلم يفتقر إلى القبض في استحقاق الشفعة كالبيع . ولا يصح ما قالوه من اعتبار لفظ الهبة ، لأن العوض صرف اللفظ عن مقتضاه وجعله عبارة عن البيع خاصة عند ^(٢) .

القسم الثاني : ما انتقل بعوض غير المال ، نحو أن يجعل الشقص ميرا أو أجرة أو عوضا في الخلع أو في الصلح عن دم العمد . فظاهر كلام الخري أن لا شفعة فيه ، لأنه لم يتعرض في جميع مسائله لغير البيع . وهذا قول أبي بكر . وبه قال الحسن والشعبي وأبو ثور وأصحاب الرأي ، حكاه عنهم ابن المنذر واختاره . وقال ابن حامد تجب فيه الشفعة ، وبه قال ابن شبرمة والحارث العكي ومالك وابن أبي ليلى والشافعي . ثم اختلف بم يأخذه . فقال ابن شبرمة وابن أبي ليلى يأخذ الشقص بقيمته . وقال الشريف أبو جعفر قال ابن حامد إن كان الشقص صداقا

(١) بداية المجتهد ٢ ص ٢٤٤ .

(٢) الفنى ٥ ص ٤٦٨ — ٤٦٩ .

أو عوضاً في خلع أو متعة في طلاق أخذه الشفيع بمهر المرأة ، وهو قول المكي والشافعي ، لأنه ملك الشقص يبدل ليس له مثل ، فيجب الرجوع الى قيمة البديل في الأخذ بالشفعة ، كما لو باعه بعوض . واحتجوا على أخذه بالشفعة بأنه عقار مملوك بمقد معاوضة فأشبه البيع ^(١) .

فالأعراض المتقدمة متقومة عند من يقول بوجوب الشفعة ، فيؤخذ بقيمتها عند تعذر الأخذ بمثلها ، كما في البيع بعوض ، ألا ترى أنها مضمونة بها شرعاً ، والضمان يكون بالقيمة فهذا يدل على جعله قيمة لها ، بخلاف الهبة بلا عوض لتعذر الأخذ بلا عوض ، اذ هو غير مشروع ^(٢) .

وعند الحنابلة والحنفية أن المستحق بالعقود المتقدمة ليس بمال ولا هو مثل المال لا صورة ولا معنى ، فلم يصلح المال قيمة له ، لأن قيمة الشيء ما يقوم مقامه لاتحادهما في المقصود ، ولا اتحاد في المقصود بين المال وبين هذه الأشياء ، فلا تكون قيمة لها . غير أن الشارع جعلها مضمونة بالمال اما لخطرها أو للضرورة فلا تتعدى موضعها ، لأن ما ثبت للضرورة يقتصر عليها ولا ضرورة في حق ثبوت الشفعة ، فلا تكون متقومة في حق ، فيكون المأخوذ بمقابلتها بمنزلة الموهوب بلا عوض ، ولأن الشفيع يملك بما يملك به المشتري من السبب لا بسبب آخر ، وهنا لو أخذه كان يأخذه بسبب آخر غير الأول ، لأن الأول زواج أو اجارة أو غير ذلك وليس يبيع أصلاً ، ولو أخذه لكان يباع وفيه انشاء تصرف غير الأول ، والأخذ بالشفعة لم يشرع الا بالسبب الأول ^(٣) .

١٤٩ — المتقل بغير عوض ^(٤) — الهبة للثواب لا شفعة فيها عند

(١) اللقي ٥ ص ٤٦٩ .

(٢) الزيلعي ٥ ص ٢٥٣ .

(٣) الزيلعي ٥ ص ٢٥٣ — اللقي ٥ ص ٤٦٩ .

(٤) راجع كتابنا « للكلية والحقوق المينة » ٢ نبة ٨٥٢ و ٨٦٢ و ٩٣٤ وما بعدها .

أبى حنيفة ، ولا الشافى . أما أبو حنيفة فلأن الشفعة عنده فى البيع فقط . وأما الشافى فلأن هبة التواب عنده باطلة . وأما مالك فلا خلاف عنده وعند أصحابه فى أن الشفعة فيها واجبة ^(١) .

وأما الميراث فإنه لا شفعة عند الجميع فيه باتفاق كما تقدم ^(٢) .

فى القانون

١٥٠ — النص القديم — بمقتضى نصوص الشفعة للملأة فى المجموعة المدنية لا تثبت الشفعة الا بعقد البيع أو المعاوضة ، اذ نص فى المادة ٩٦/٧٠ من المجموعة المدنية على أنه : « لا يصح الأخذ بالشفعة من الموهوب له ولا ممن تملك بغير المبايعة أو المعاوضة » .

١٥١ — قانون الشفعة — أما قانون الشفعة فلا يميز الأخذ بها الا فى حالة البيع فقط ، حيث جاء فى المادة ٥ منه :

« Ce droit n'existe ni contre le donataire ni contre celui qui a acquis autrement que par vente. »
 « لا يصح الأخذ بالشفعة من الموهوب له ، ولا ممن تملك بغير المبايعة » .

فلا تجوز فى حالة المعاوضة ، وإن كانت المعاوضة تنتج نفس الآثار التى ينتجها البيع الا ما استثنى . ولكن المادة ٥ من قانون الشفعة لم تذكرها ، خلافاً للمادة ٩٦/٧٠ مدنى الملأة ولأحكام الشريعة ^(٣) .

(١) بداية المجتهد ٢ ص ٢٤٤ .

(٢) بداية المجتهد ٢ ص ٢٤٤ .

(٣) جاء فى بداية المجتهد ٢ ص ٢٤٤ : واختلف فى الشفعة فى المناقلة ، وهى تبديل أرض بأرض . فمن مالك فى ذلك ثلاث روايات : الجواز ، والمنع ، والثالث أن تكون المناقلة بين الاشراك أو الأجانب ، فلم يرها فى الاشراك ورآها فى الأجانب .

المقايضة المتعترية بمعدل

١٥٢ — جرى البحث فيما اذا كانت الشفعة تجوز في المقايضة (أى المعاوضة أو البذل) l'échange ، في حالة قيام أحد المتعاقدين بدفع فرق أو معدل البذل soulte للآخر .

فيرى بعض الشراح عدم التفريق بين ما اذا كان في المقايضة فرق أو كانت بدون فرق (١) .

ويرى بعض آخر وجوب التفرقة ، بأن ينظر الى المبلغ المدفوع فرقا ، فان كان كبيرا ، بحيث يعتبر ثمنا حقيقيا ، فحجوز الشفعة ، لأن العقد يكون في الواقع بيعا . مثال ذلك أن تحصل مقايضة خمسة أفدنة مقابل فدان ٤٠٠ جنيه ، فان الشفعة تجوز في هذه الحالة ، والا لو رفضت الشفعة لوجد العاقدان سييلا لمنعها ، وهو اضافة عقار بقيمة زهيدة الى الثمن (٢) .

وعندنا أن الرأي الأخير وجيه ، ومبناه قصد العاقدين . ومتى أجزنا الشفعة في هذه الحالة فيجب على الشفيع أن يقوم بدفع المبلغ المعتبر فرقا ، وكذلك قيمة العقار . وهذه القيمة تقدر عند الضرورة بمعرفة الخبراء .
واذا كان الفرق قليلا فلا تجوز الشفعة .

١٥٣ — وقد اختلف الفقهاء في المسئلة الآتية :

لو تزوج امرأة على دار على أن ترد عليه ألف درهم . لا شفعة في جميع الدار عند أبي حنيفة .

== وصورة المناقشة أن يكون لشخص حصه من دار مثلا وآخر حصه من أخرى ، فنأقل كل منهما الآخر ، فلفريك كل أن يأخذ بالشفعة ممن ناقل شريكه ويخرجان معا من الدارين (الشرح الصغير للشيخ الدردير جزء ٢ ص ٢٠١) .

راجع أيضا منح الجليل جزء ٣ ص ٥٨٧ .

(١) فتوى زغلول باشا ص ٨٣ .

(٢) دى هلنس نبذة ٩ و ١٠ — فورجير ص ١٣٠ .

وقال الصاحبان يجب في حصة الألف ، لأنه مبادلة مالية في حقه .
وأبو حنيفة يقول معنى البيع فيه تابع ، ولهذا يتعقد بلفظ النكاح ولا يفسد
بشرط النكاح فيه ، ولا شفعة في الأصل فكذا في التبعية ، ولأن الشفعة شرعت
في المبادلة المالية المقصودة دون التبعية ^(١) .

١٥٤ - اثبات أنه المقرب لا عقابته - إذا طلب شفعي أن
يثبت بالبينة أن المشاركة بين الذين رفع عليهم دعوى الشفعة كانت على بيع ،
وليست على بدل كما هو مذکور بتلك المشاركة ، فليس ثمة ما يمنع من التصريح له
بذلك ، ولا يكون هناك محل للقول بعدم جواز الاثبات بالبينة بمجرد أن الواقعة
المراد اثباتها تخالف ما تدون بالعقد ، لأن طالب الشفعة لم يكن طرفا في ذلك
العقد ^(٢) .

المبة

١٥٥ - في الشريعة الإسلامية ^(٣) - بمقتضى أحكام الشريعة
الإسلامية لا تصح الشفعة في المبة في قول عامة أهل العلم ، ومنهم مالك ،
والشافعي وأصحاب الرأي .

وحكى عن مالك رواية أخرى في المتقل بهبة أو صدقة ، أن فيه الشفعة كما
تقدم ، ويأخذه الشفع بقيمه ، وحكى ذلك عن ابن أبي ليلى ، لأن الشفعة تثبت
لإزالة ضرر الشركة ، وهذا موجود في الشركة كيفما كان ، والضرر اللاحق
بالمتهب دون ضرر المشتري ، لأن إقدام المشتري على شراء الشقص وبذله ماله
فيه دليل حاجته إليه ، فانتزاعه منه أعظم ضررا من أخذه ممن لم يوجد منه دليل

(١) الزيلعي ٥ ص ٢٥٣ - راجع ما تقدم نبذة ١٤٦ .

(٢) استئناف ٣١ ديسمبر ١٩٢٢ (دائرة أحمد موسى باشا ومستر كرشو ومتولى
غنيم بك) المجموعة ٢٥ رقم ٦٩ ص ١١٩ .

(٣) راجع ما تقدم نبذة ١٤٩ .

الحاجة اليه ^(١) .

وحجة من يقول بعدم جواز الشفعة أن المشتغل بغير عوض أشبه الميراث ، ولأن محل الوفاق هو البيع ، والخبر ورد فيه ، وليس غيره في معناه ، لأن الشفعيع يأخذه من المشتري بمثل السبب الذي انتقل به اليه ، ولا يمكن هذا في غيره ، ولأن الشفعيع يأخذ الشقص بثمنه لا بقيمته ، وفي غيره يأخذه بقيمته فافترقا ^(٢) .

١٥٦ - الرهبة بشرط العوض — أما بالنسبة للربة بشرط العوض فندد الامام أبي حنيفة لا تثبت الشفعة الا بعد أخذ العوض . وعند زفر تثبت فيها الشفعة . وذلك لأن الهبة بعوض معتبرة عند الامام أبي حنيفة تبرعا ابتداء معاوضة انتهاء ، أى أنها معتبرة كالبيع من وقت تسليم العوض فقط ^(٣) . أما عند زفر فالهبة بعوض معتبرة معاوضة ابتداء وانتهاء ، أى معاوضة من وقت العقد ^(٤) . ولا أهمية للفظ الهبة ، لأن العوض صرف اللفظ عن مقتضاه ، وجعله عبارة

(١) الفنى ٥ ص ٤٦٨ — البدائع ٥ ص ١١ — ما تقدم بنقته ١٤٣ .

(٢) الفنى ٥ ص ٤٦٨ .

(٣) راجع المحلة للمادة ١٠٢٢ : الهبة بعوض في حكم البيع . فلو وهب من آخر داره المملوكة بعوض العوض وسلمه اليها ما كان لجارها اللصاق حق الشفعة . وسلم باز على هذه المادة .

وقد جاء في البدائع ٥ ص ١١ ، وفي الفتاوى الهندية (٥ ص ١٦٠) : وان كانت الهبة بعوض العوض ، فان تقابضا وجبت الشفعة (لوجود معنى للمعاوضة عند التقاضى) ، وان قبض أحدهما دون الآخر فلا شفعة عند أصحابنا الثلاثة . ولو وهب عقارا من غير شرط العوض ، ثم ان الموهوب له عوضه من ذلك دارا ، فلا شفعة في العمارين ، لا في دار الهبة ، ولا في دار العوض ، لأن اعطاء دار العوض هبة مبتدأة ، الا أنها اختصت بالتمتع من الرجوع الا أن تكون عوضا حقيقة ، بدليل أنه لو وهب عمرة دراهم فوضه خمسة جزر ، ولو كان عوضا حقيقة لا جاز ، لأنه يكون ربا دل أن الثاني ليس بعوض عن الأول حقيقة فلم يكن هنا معاوضة ، بل كان هبة مبتدأة ، فلم تجب به الشفعة .

(٤) البدائع ٥ ص ١١ .

عن البيع خاصة ^(١) . وهذا هو رأى مالك والشافعى وأحمد .

١٥٧ — فى القانون — لا تجوز الشفعة بسبب الهبة ، كما نصت على ذلك صراحة المادة ٥ من قانون الشفعة .

وإذا كانت الهبة بعوض فمن رأى بعض الشراح عدم جواز الشفعة أيضا ^(٢) . وعندنا أنه يصح القول بمجاوز الشفعة فى حالة العوض ، وأن يلزم الشفيع بدفع الثمن الحقيقى ، لا العوض المسمى فى العقد ^(٣) . ومن هذا رأى أيضا الأستاذ زكى العرابى بك . وفى ذلك يقول ^(٤) : « الشريعة الاسلامية تجيز الشفعة فى هذه الحالة ، ويكون الشفيع ملزما بدفع الثمن المتفق عليه على قلته . ولكن هذا فيه اجحاف ، لأن فرق الثمن من القيمة الحقيقية هو فى هذه الحالة هبة مقصودة للمشتري ، ولا يصح عدلا منح الشفيع الحق فى أن يحل محل المشتري فى تلك الهبة ويأخذها لنفسه . القانون ساكت فى هذه النقطة ، وحال سكوت القانون فى المواد المدنية يرجع لقواعد العدل ، وهى تقضى بأن يلزم الشفيع بدفع القيمة الحقيقية ، لا الثمن الحقيقى المتفق عليه ، اذ لا يصح للشفيع أن ينتفع بشرط فى العقد مقصود به شخصية المشتري ، بخلاف ما لو كان هذا النقص فى الثمن غير مقصود من البائع ، وانما هو من قبيل الفبن فقط جهلا من البائع ، فى هذه الحالة تثبت الشفعة بالثمن المسمى ، لأن البائع لم يقصد الهبة ، فادة الهبة اذن ليست موجودة فى العقد ، وعليه فلا يكون هناك شرط فى العقد مقصود به شخصية المشتري » .

١٥٨ — اتصاف الهبة بعقد آخر — قد يحصل فى كثير من الأحوال

(١) الفنى ٥ ص ٤٦٨ .

(٢) فتحى زغلول باشا ص ٨٣ .

(٣) راجع استئناف مخطوط ٢٢ مايو ١٩٠٢ (١٤ ص ٣١٤) ١٠ مايو ١٩٠٦ (١٨ ص ٢٣٩) .

(٤) ص ١٢ .

أن يتصف العقد بغير صفته الحقيقية ، كأن يكون مثلاً عقد بيع ويجعل في صورة عقد هبة ، أو العكس ، ففي هذه الأحوال لا يعول على الشكل الظاهر للعقد ، ويكون للشفيع أن يثبت حقيقته بكل طرق الإثبات ، ولو بالقرائن ^(١) .

وقد قضت محكمة مصر ^(٢) بأنه يجوز اعتبار عقود البيع عقود هبة إذا ساعدت ظروف الأحوال على ذلك ، كما إذا صدر البيع من أب لابنه بشئ زهيد . وحينئذ لا يصح استعمال حق الشفعة ، لأنه لا يترتب على الهبة ^(٣) .

وقررت محكمة الاستئناف ^(٤) أن العقود تفسر بحسب الغرض الذى يظهر أن المتعاقدين قصده ، مهما كانت الألفاظ والمعاني اللغوية المستعملة لذلك ، وعليه لا تصح الشفعة فى العين الموهوبة ، ولو وصفت فى العقد بالبيع ^(٥) .

١٥٩ — ويجب أن يلاحظ ، كما قررت محكمة الاستئناف ^(٦) ، أنه لا القرابة البعيدة ، ولا المصاهرة بين المشتري والبائع ، ولا خسة الثمن المذكور فى العقد ، تكون قرينة على أن العقد المحرر يبيع عقاراً محتوياً فى الحقيقة على هبة ، وقلة الثمن ربما يكون القصد منها تخفيف مصاريف التسجيل على المشتري . ويظهر للأستاذ زكى العرابى بك أن اعتبار العقد بحسب الغرض الذى

(١) استئناف مغلط ٢٢ مايو ١٩٠٧ (١٤ ص ٣١٤) — دى هلنس نبذة ١٢ — فورجير ص ١٣٠ و ١٣١ .

(٢) حكم استئنافى ٢٦ نوفمبر ١٨٩٨ القضا ٦ ص ١٧٩ الحقوق ١٤ ص ٦٦ .

(٣) راجع أيضاً استئناف مغلط ٢٢ ديسمبر ١٩١٠ (٢٢ ص ٨٩) المحاكم ص ٥٢ .

(٤) أول ديسمبر ١٨٩١ (دائرة صالح ثابت بك ومسيو اندرس وعمر رشدى بك) الحقوق ٦ رقم ٨١ ص ٣٨٢ المحاكم ٥ رقم ١٩٩ .

(٥) استئناف مغلط ٢١ ديسمبر ١٨٩٣ (٦ ص ٧٣) ، ٤ يناير ١٨٩٩ (١١ ص ٨٨) .

(٦) ١٩ نوفمبر ١٩٠١ (دائرة قاسم أمين بك ومسيو دى هلنس ومستر ساتو) المجموعة ٤ رقم ٢٧ ص ٦٣ .

راجع مصر الابتدائية ٢٦ نوفمبر ١٨٩٨ القضا ٦ ص ١٧٩ .

يقصده المتعاقدان مناقض المبدأ القانوني الذي لا يجوز لأحد المتعاقدين إثبات
 صورية العقد ضد ثالث . وإذا كانت نية المتعاقدين حقيقة هي الهبة فإن اختيارها
 وصف العقد بكونه بيعا دليل على أن الهبة ليست واقعة على العين نفسها ، بل
 على الثمن ، فالمالك باع العقار للمشتري ، ثم تنازل له عن الثمن ، فيوجد في الحقيقة
 عقدان متواليان ، عقد بيع للعين وعقد هبة للثمن مستقل عن العقد الأول وهذا
 لا يمنع من الشفعة . ويضيف العراقي بك : ولعل أساس هذه الأحكام هو الليل
 الى التضييق في تأويل حق الشفعة ^(١) .

١٦٠ — للموهوب له أنه يتفع — اذا وهب شخص لآخر عقارا ،
 ثم بعد ذلك باع عقارا غيره ، فإن للموهوب له أن يطلب هذا العقار الأخير بالشفعة
 اذا توافرت شروطها ، ولا يمنع كون العقار المشفوع به سبق أن وهبه البائع
 للشفيع ، لأن الموهوب له تملك العقار للموهوب ، وكل الحقوق الخاصة بالملكية
 المتعلقة بهذا العقار ، ومنها حق الشفعة ^(٢) .

١٦١ — هبة المشتري العين المشفوعة — اذا وهب المشتري أو وقف
 العين المشفوعة قبل رفع دعوى الشفعة فلا يسقط الحق في طلبها ^(٣) .
 وقد قضى بأن عقود الهبة الصادرة من المشتري الى الغير لا يسرى عليها

(١) بنية ١٥ ص ١٤ .

(٢) استئناف مغلط ٢ يونيه ١٩٠٤ برئاسة مسيو مريندو (١٦ ص ٣١٣) الاستقلال
 ٤ رقم ١٠٤ ص ١٠٤ .

(٣) أسبوط استئناف ١٨ أكتوبر ١٨٩٨ القضا ٦ ص ١٧٦ — استئناف ١٥ مايو
 ١٨٩٥ (دائرة محمد زكي بك ومسيو اندرس والقاضي يحيى ابراهيم) القضا ٢ ص ٢٤٣ .
 راجع أيضا أسبوط ١٩ أكتوبر ١٨٩٧ (دائرة أحمد حلي بك والقاضي محمد زكي
 والقاضي عطية حسي) القضا ٥ ص ٥٨ . وقد قرر هنا الحكم أنه عند عدم وجود نص في
 القانون الأهلي فيما يتعلق بالشفعة يرجع لنص أحكام المرحع المرفيع . وقضى بأنه لو تصرف
 المشتري في العين المشتراة قبل أخذ الشفع ، قبلها مبيدا ووقفه ، فللشفيع أن يتقضى تصرف
 المشتري ، ويأخذ العين بالشفعة — الفتاوى الهندية ٥ ص ١٨١ .

نص المادة ٥ من قانون الشفعة الذى يقرر أنه لا يصح الأخذ بالشفعة من الموهوب له . فالموهوب له الذى يتلقى حقه من المشتري ليس له أن يتمسك بنص المادة الخامسة المذكورة ضد الشفيع الذى يطلب أخذ العين الموهوبة بالشفعة باعتبار أن حقه نشأ من تاريخ البيع الصادر من المالك الأصلي الى المشتري الذى صدرت منه الهبة بعد ذلك ^(١) ، اذا كان لا يزال فى الميعاد القانونى للشفعة ضد الواهب ، وذلك لأن الموهوب له لا يمكن أن تكون له حقوق أكثر من حقوق الواهب ^(٢) .

١٦٢ — النجاشي بطريق الهبة تمنع الشفعة — قد يحصل أن يبيع شخص عقارا لآخر ، ولكى يمنع الشفعة يهبه الجزء المجاور للشفيع ، فى هذه الحالة يكون للشفيع الحق فى أن يثبت أن العقد بيع ، وأما الهبة فقد التجبى اليها بقصد منعه من الشفعة ، كأن يثبت أن الثمن المتفق عليه مساو لقيمة العقار الحقيقية ، بما فى ذلك الجزء الموهوب ^(٣) .

ويجوز للشفيع أن يثبت حقيقة العقد بكل طرق الاثبات ^(٤) .

الميراث والوصية

١٦٣ — لا تجوز الشفعة بسبب الميراث . كذلك لا تجوز بسبب الوصية . وقد جاء فى المادة ١٠٢٣ من المجلة : « لا تجرى الشفعة فى عقار ملك لآخر بلا بدل ، كما لو تملك واحد عقارا يهبه بلا شرط العوض ، أو بميراث ، أو

(١) استئناف مخطط ٢٤ ابريل ١٩٢٣ (٣٥ ص ٤٠٠) الحاماة ٥ رقم ٥٨٢ ص ٧٠٩ الجدول العسرى الأول للحاماة رقم ١٠٠٥ .

راجع القواعد الخاصة بالتصرف فى العين للشفوعة .

(٢) استئناف مخطط ٢٢ فبراير ١٩٢٧ (٣٩ ص ٢٦٠) — المرائى بك نبذة ١٦٠ ص ١٤ .

(٣) دى هلتن نبذة ٧٦ — فتوى زغلول باشا ص ٨٨ — ما تقدم نبذة ١٠٤ .

(٤) المرائى بك نبذة ١٤ ص ١٣ .

القسمه

١٦٤ — لا تجوز الشفعة بسبب القسمه ، لأن القسمه معانة ومقررة لحقوق الشركاء ، وإن كان فيها معنى البيع ، وذلك بمقتضى المادة ٤٥٧ من المجموعة المدنية الأهلية التى تقول : « وكل حصه وقعت بموجب القسمه فى نصيب أحد الشركاء تعتبر أنها كانت دائما ملكا له قبل القسمه وبعدها ، ويعتبر أنه لم يملك غيرها من الأموال التى قسمت » .

على أن الشارع المختلط جاء بنص سوى فيه بين القسمه والبيع ، اذ قررت المادة ٥٥٥ من المجموعة المدنية المختلطة المقابلة للمادة ٤٥٧ أهلى : « قسمه المال عينا تعتبر بمنزلة بيع كل مالك لحصته الشائعة لمن وقعت فى نصيبه ، ويترب عليها ما يترب على البيع » . ولكن بالرغم من نص المادة المذكورة ، فإن المحاكم المختلطة ، بعد التردد ، حكمت بأن القانون المختلط كالقانون الأهلى والفرنسى فى هذا الصدد ، وأن القسمه فيه مقررة للملكية (٢) .

فحكم الشفعة بالنسبة للقسمه واحد فى القانونين الأهلى والمختلط ، وهو عدم جوازها .

وهو حكم الشريعة الاسلاميه أيضا ، فقد جاء فى مرشد الخيران المادة ١١٤ : لا تجرى الشفعة فى القسمه ، فاذا قسمت دار أو أرض مشتركة بين اثنين فلا

(١) البائع ٥ من ١١ — الخطاب ٥ من ٣١٥ — ٣١٦ .

(٢) راجع كتابنا « الملكية والحقوق البنية » الجزء الأول بنية ٣١٥ وما بعدها .

وكتابنا « القود المدنية الصغيرة » بنية ١٨٢ .

استئناف مختلط ٤ ابريل ١٨٨٩ (١ من ١٤٧) ، ٨ مايو ١٨٩٠ (٢ من ٤٠٩) —

دى هلنس بنية ١١ .

يكون الجار شفيعا فيها » (١).

الصلح

١٦٥ - في الشريعة الإسلامية — بمقتضى الشريعة يجب الشفعة في

الدار التي هي بدل الصلح ، لوجود معنى المعاوضة — وفيه تفصيل . فقد جاء في البدائع :

« وتجب الشفعة في الدار التي هي بدل الصلح ، سواء كان الصلح على الدار عن اقرار أو انكار أو سكوت ، لوجود معنى المعاوضة . أما في الصلح عن اقرار فظاهر ، لأن المدعى ملك المدعى في حق المدعى والمدعى عليه ، فكانت الدار التي هي بدل الصلح عوضا عن ملك ثابت في حقهما جميعا ، فيتحقق معنى المعاوضة في هذا الصلح . وأما في الصلح عن انكار فلأن عند المدعى أنه أخذ الدار عوضا عن ملكه الثابت ، فكان الصلح معاوضة في حقه ، وكان للشفيع فيها حق الشفعة . وكذا في الصلح عن سكوت المدعى عليه ، لأن المدعى ان كان محقا في دعواه كان بدل الصلح عوضا عن ملكه حقيقة ، وان كان مبطلا كان عوضا عن ملكه في زعمه ، فيتحقق معنى المعاوضة في زعمه .

« ولذا تجب الشفعة في الدار المصالح عنها عن اقرار لوجود معنى المعاوضة في هذا الصلح من الجانبين جميعا . وأما عن انكار فلا تجب به الشفعة ، لأن في زعم المدعى عليه أن الدار المدعاة ملكه وانما بدل المال لدفع الخصومة الباطلة ، فلا يتحقق معنى المعاوضة في حقه ، فلم يكن للشفيع أن يأخذها منه بالشفعة

(١) راجع أيضا للمادة ١٠٢٧ من الحلة — البدائع • ص ١١ .

راجع أيضا الزيلعي • ص ٢٥٥ ، وحاشية الشلي بهامش الزيلعي • ص ٢٥٥ : في القصة المبادلة أيضا ، ولكن الشفعة لم تفرع الا في المبادلة المطلقة ، وهي المبادلة من كل وجه .

وجاء في الفتاوى الهندية (• ص ١٦٤) : وإذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة ، سواء كانت القسمة بقضاء القاضي أو بغير قضائه .

للحال ، ولكنه يقوم مقام المدعى في إقامة الحجة ، فإن أقام البينة على صاحب اليد أن الدار كانت للمدعى أو حلف المدعى عليه فنكل فله الشفعة ، لأنه تبين أن الصلح وقع معاوضة حقيقية ، وإن لم تقم له الحجة فلا شفعة له . وكذلك لا تجب الشفعة في الدار المصالح عنها عن سكوت ، لأن المدعى إن كان محقا في دعواه كان الصلح معاوضة ، فتجب الشفعة ، وإن كان مبطلا لم يكن معاوضة في حق المدعى عليه فلا تجب الشفعة على الاحتمال ، لأن الحكم كما لا يثبت بدون شرطه لا يثبت مع وجود الشك في شرطه ، لأن غير الثابت يبين لا يثبت بالشك .

« ولو كان بدل الصلح منافع فلا شفعة في الدار المصالح عنها ، سواء كان الصلح عن انكار أو اقرار ، لأن بدل الصلح ليس بعين مال ، فلم يكن هذا الصلح معاوضة عين المال بعين المال ، وهذا من شرائط ثبوت الشفعة .

« ولو اصطلمحا على أن يأخذ المدعى عليه الدار ويعطيه دارا أخرى ، فإن كان الصلح عن انكار تجب في كل واحدة من الدارين الشفعة بقيمة الدار الأخرى ، لأن الصلح إذا كان عن انكار كان الصلح على معاوضة دار بدار ، وإن كان عن اقرار لا يصح الصلح ، ولا تجب الشفعة في الدارين جميعا ، لأنهما جميعا ملك المدعى ^(١) » .

١٦٦ — في القانوه — الصلح الواقع في ملكية عقار مقابل دفع مبلغ من النقود لا يتبنى عليه طلب الشفعة ، لأنه ليس ناقلا للملكية ، بل مقررا لها ، والبلغ المدفوع صلحا لا يمثل قيمة العقار ، بل ما قد يكون للطرفين من الحظ في

(١) البدائع • ص ١١ — الفتاوى الهندية • ص ١٦٠ .

وجاء في الخطاب • ص ٣١٥ : وقد قال في الجواهر في آخر كتاب الصلح إذا ادعى رجل على رجلين دارا ، فكذب أحدهما وصدق الآخر ، فصالحه المصدق على مال ، فأراد المكذب الأخذ بالشفعة ، فله ذلك .

كسب أو خسارة دعوى بخصوص الملكية^(١) .
والصلح يقتضى بطبيعته ترك كل طرف شيئا من حقه ، ولا يجوز أن يتنفع الأجنبي بفائدة رتبها القانون في منفعة شخص معين^(٢) . فضلا عن أن الصلح بين طرفين ينافى حق الشفعة الذى يتمسك به أجنبي ، لأنه يستلزم من قبل الطرفين واجبات شخصية لا يمكن لهذا الأجنبي أن يقوم بها^(٣) . وبذلك يتعذر أن يحل الشفيع بالنسبة للبائع محل المشفوع منه في كافة ما كان له وعليه من الحقوق كما تنص على ذلك المادة ١٣ من قانون الشفعة^(٤) .

الوفاء بتقديم عين Dation en paiement

١٦٧ — لا تجوز الشفعة في المقار المعطى للدائن باختيار مالكه وفاء للدائن ، وإن زاد ثمنه على الدين المذكور ، وهو كالصلح على يد المحكمة^(٥) .

عقود المبادلة ذات الصفة الخاصة

١٦٨ — يجب قصر حق الشفعة في الحدود القانونية ، ولا يجوز امتداده للعقود ذات الصفة الخاصة sui generis التى لا تقتصر على نقل الملكية بمقابل ، كما في الحالة التى يكون فيها نقل الملكية مشتركا مع البيع والهبة

(١) استئناف أملى ٢٥ ابريل سنة ١٩٠١ (دائرة متر بوند ومسيو دى هلتس ويوسف شوق بك) المجموعة ٤ رقم ٢٦ ص ٦١ الاستقلال ٢ رقم ٧٤ ص ٩٤ الحقوق ١٨ ص ٩٠ .

(٢) فتى زغلول باشا ص ٨٣ .

(٣) حكم الاستئناف اللخم — راجع أيضا استئناف مخطوط ١٠ مايو ١٩٠٦ (١٨ ص ٢٣٩) — دى هلتس نبذة ١٤ .

(٤) بنى سوف الابتدائية (دائرة القضاة زكى خير الأيوبيجى وأبو بكر صادق وأحمد راغب دكرورى) ٣١ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ١١ رقم ٣٢١ ص ٦٤٥ .

(٥) فتى زغلول باشا ص ٨٣ و ٨٤ — دى هلتس نبذة ١٤ . وهذا هو حكم الصرية أيضا — راجع الزيلعى ص ٢٦٠ .

أو الصلح^(١).

ففي حالة نقل الملكية ، الذي يحصل بنصف القيمة ، بسبب اعتبارات متعلقة بشخص المشتري ، وتخصيص الشيء ، لا تجوز الشفعة ، لأن مثل هذا العقد يكون في نفس الوقت بيعا وهبة^(٢) .

وقد حكمت محكمة الاستئناف بأنه لا يدعى بالحق في الشفعة على من كان ملتزما أرضا من الحكومة ، فحازها على شرط أن يطهرها رعاية للصحة العامة ، لأن ذلك العقد لا يشبه بعقد من عقود البيع^(٣) .

وقضت بهذا المعنى أيضا في قضية أخرى ، مقرررة أن البيوع الصادرة من الحكومة لبعض الأشخاص الذين أصلحوا أطيانها ، وتساهلت معهم الحكومة في الثمن تساهلا كبيرا في مقابل الاصلاحات التي قاموا بها ، لا تصلح لأن تكون أساسا لدعوى الشفعة ، لأنه ليس من المقبول ولا من العدل أن ينتفع الشفيع بالثمن الأساسي الذي ذكر في عقد البيع ، مع أنه ليس مقابل القيمة الحقيقية للأرض^(٤) .

ومن رأى الأستاذ زكي الرازي بك جواز الشفعة « لأن الهبة في هذه الحالة ليست واردة على المبيع نفسه ، بل على جزء من الثمن فان البائع لم يقصد

(١) استئناف مختلط ٢٢ ديسمبر ١٩١٠ (٢٣ ص ٨٩) ، ١٠ مايو ١٩٠٦ (١٨ ص ٢٣٩) .

(٢) استئناف مختلط ٢٢ ديسمبر ١٩١٠ التقدم .

راجع أيضا استئناف مختلط ٤ يناير ١٨٩٩ (١١ ص ٨٨) . وقد جاء فيه أنه اذا بيع عقار بنصف قيمته نظرا لحالة المشتري والقرض المخصص له العقار فلا شفعة ، لأن هذا العقد فيه مادة الهبة ، والشفعة حق استثنائي لا فيه من الجبر على حرية التصرف ، فيجب حصره في الدائرة التي أوجبه بها القانون .

(٣) ٢ فبراير ١٨٨٨ القضا ١ ص ١٥ .

(٤) استئناف مصر ١٩ يناير ١٩٢٥ (دائرة أحمد طلعت باشا ومستر هل ومحمد مصطفى بك) المطامحة ٥ رقم ٤٣٢ ص ١٩٠ الجدول المصري الأول للمطامحة رقم ١٠٠٦ .

أن يعطى للمشارك جزءاً من المبيع بثمنه والجزء الآخر بلا مقابل ، ولكن باع اليه المقاركله ، وغاية ما في الأمر تنازل له عن جزء من الثمن . فكأن البيع حصل أولاً بمعناه الأكل ، ثم حصل الخط بعد ذلك من الثمن ، فثبت الشفعة بموجب هذا البيع ، ولا يجوز أن يسرى هذا الخط على الشفيع ^(١) .

ونحن نرى جواز الشفعة اذا لم يكن البيع حصل لاعتبارات خاصة بشخص المشتري ، أما اذا وجدت هذه الاعتبارات فان العقد لا يكون يما ، بل يكون عقدا ذا صفة خاصة ، ولا تجوز فيه الشفعة .

وقد قررت محكمة الاستئناف المختلطة قبول دعوى الشفعة من الشفيع الذي تتوافر فيه شروط الشفعة في الأطنان التي تبيعها الحكومة بالممارسة ، ولو كان المشتري مستأجراً الأطنان التي اشتراها من سنوات عديدة مضت ، فأعطته الحكومة الأولوية في الشراء بسبب الاصلاحات والتحسينات التي يكون أجراها في الأطنان ^(٢) .

الوقف

١٦٩ — في الشريعة الإسلامية — لا شفعة في الوقف . فاذا بيع عقار مجاور لوقف ، أو كان بعض المبيع ملكاً وبعضه وقفاً وبيع الملك ، فلا شفعة للوقف ^(٣) .

ولكن اذا بيع الوقف بمسوغ شرعى ، كأن شرط الواقف استبداله فان الشفعة تثبت فيه . أما اذا كان لا يجوز بيعه بحال من الأحوال ، بأن كان

(١) ص ١٢ — ١٣ .

(٢) استئناف مغلط ٢٥ مارس ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٧٣٨ ص ٩٥٩ الجدول المصري الأول للمحاماة رقم ١٠٩٦ .

راجع تعليق المحاماة على هذا الحكم .

(٣) مرشد الميراث المادة ١١٣ — المجلة المأدة ١٠١٧ و ١٠١٩ — ابن عابدين ص

١٤٧ — الحاشية ص ٥٤٢ .

مسجدا ، فلا يؤخذ بالشفعة ، لعدم صحة البيع ^(١) .

١٧٠ — في المجموعة المرفوعة — نصت المادة ٧١ من المجموعة المدنية على أنه « لا يجوز الأخذ بالشفعة في العقار المبيع من الوقف أوله » .

١٧١ — في قانون الشفعة — قررت المادة ٤ من قانون الشفعة أن « لا شفعة للوقف » . ولم تنص المادة ٤ على جواز أخذ الشفعة من الوقف . وكما يقول فتحي زغلول باشا ^(٢) أن النص على حالة وترك أخرى يفيد الإباحة . فالشفعة جائزة من الوقف .

ويلاحظ أن حق الشفعة يتولد من وقت بيع الشيء المشفوع ، فان وقفه المشتري كان الوقف باطلا ويعد هربا من حقوق الشفيع ^(٣) .

عقود البيع التي تميز الشفعة

١٧٢ — مما تقدم يرى أن عقود البيع هي فقط التي تجوز فيها الشفعة . ولكن يجب أن تتوافر في البيع شروط مخصوصة ، فيشترط أن يكون البيع صحيحا ، وأن يخرج المبيع عن ملك البائع . فاذا كان البيع باطلا فلا شفعة ^(٤) .
ومستكلم فيما يلي في البيع القاسد ، وفي البيع بشرط الخيار ، وفي البيع الملحق على شرط .

البيع القاسد

١٧٣ — في التريعة الإسلامية — بمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية

(١) شرح مرشد الميراث ص ٩٦ .

(٢) ص ٩٨ .

(٣) بنى سوف نوفمبر ١٨٩٤ (دائرة محمود رشاد بك والفاضل قاسم أسعد والفاضل عبد اللطيف على) الحقوق ٩ رقم ١٠٤ ص ٣٢٨ .

(٤) العرابي بك نبذة ١٧ ص ١٥ .

إذا كان البيع فاسدا ، لفقده شرطا من شروط الصحة ، لا تثبت فيه الشفعة ، الا اذا اقطع فيه حق الفسخ ^(١) .

وقد جاء في المجلة المادة ١٠٢٦ : « يشترط أن يزول ملك البائع عن المبيع . وبناء عليه لا تجرى الشفعة في البيع الفاسد ، ما لم يسقط حق استرداد البائع . فلو بقي حق المشتري ، فذلك لا يمنع الأخذ بالشفعة ، لأن الشرط زوال ملك البائع ، فان سقط حقه بالفسخ زال ملكه ، وتجب الشفعة .

وعند الامام أبي حنيفة اذا بنى المشتري شراء فاسدا بناء في الدار التي اشتراها ينقطع حق استرداد البائع ، ويكون للبائع قيمتها ، فاذا جاء الشفيع أخذها بالشفعة ، لأن المانع من ثبوت حق الشفعة قيام حق الاسترداد للبائع ، وقد بطل ، ويكون للشفيع أن يأمر المشتري بهدم البناء ، لأنه لو بناء في البيع الصحيح يكون له حق النقص ، فاذا بناء في البيع الفاسد أولى .

وعند أبي يوسف ومحمد لا ينقطع حق استرداد البائع ببناء المشتري في الدار التي اشتراها شراء فاسدا ، ويرد المشتري الدار على البائع ، ويهدم بناءه ، ولا شفعة فيها ، لأن شرط وجوب الشفعة أن ينقطع حق البائع ^(٢) .

وينقطع حق البائع أيضا باخراج المشتري المبيع بالبيع أو غيره ^(٣) . فان أخرج المشتري الدار المبيعة عن ملكه بالبيع كان للشفيع أن يأخذها بأى البيعين شاء ، لا تقطاع حق البائع . أى أن للشفيع الخيار ، ان شاء أخذها بالبيع الأول ، وان شاء أخذها بالبيع الثاني . فان أخذ بالبيع الثاني أخذ باثنين ، لأن البيع الثاني صحيح ، والواجب فيه الثمن ، فيأخذ به ، وان أخذ بالبيع الأول أخذ بقيمة المبيع

(١) مرشد الحيران المادة ١١٥ — البدائع ٥ ص ١٣ — الزيلعي ٥ ص ٢٥٤ .

(٢) الفتاوى الهندية ٥ ص ١٦١ — الزيلعي ٥ ص ٢٥٥ .

(٣) مرشد الحيران المادة ١١٥ : لا شفعة فيما بيع يبا فاسدا ، الا اذا اقطع حق البائع عنه ، بأن قبضه المشتري وتصرف فيه تصرفا يمنع فسخ البيع ، كأن وهبه أو بنى أو غرس فيه .

يوم القبض ، لأن المبيع يما فاسدا مضمون بالقبض كالمنصوب ^(١) .

ولا يعود حق البائع بنقض البيع الثانى ليأخذها الشفيع ، لأن البيع الثانى كان صحيحا مفيدا للملك ، وانما فسخ لحق الشفيع ، ولو عاد حق البائع لبطل حق الشفيع ، ومن المحال أن يبطل حقه بالفسخ لأجله ، لأن ما يكون من مقتضيات حق شخصى لا يثبت على وجه يبطل حقه .

وكذا لو أخرجه عن ملكه بغير البيع ، كالمهبة ، أو جملة مهرا ، أو غير ذلك ، هض تصرفه ، وأخذ قيمته ^(٢) .

ويجب على الشفيع أن يطلب الشفعة فى البيع الفاسد وقت انقطاع حق البائع اتفاقا ^(٣) .

١٧٤ - فى القانون - أما فى القانون فترى أنه اذا كان عقد البيع فاسدا ، أى قابلا للبطلان (annulable) ، فإنه لا يجب الرجوع الى أحكام الشريعة الاسلامية ، اذ الرجوع اليها لا يكون الا لسد النقص الواضح فى أحكام الشفعة . وهنا لا داعى لعمل التفريق الموجود فى الشريعة ، اذ لا يوجد ما يدل على أن القانون أراد ادخاله ، ولا خطر فى طلب الشفعة فى حالة البيع الفاسد ، وهو الذى يكون صحيحا بادىء بدء ، وتترتب عليه النتائج القانونية حتى يفسخ ، كبيع القاصر ، فلا مانع فيه من طلب الشفعة ، فاذا لم يتأيد هذا البيع وفسخ ، فإن الشفعة تسقط بطبيعة الحال معه . ولا معنى لانتظار سقوط دعوى الفسخ ، وتحمل الأضرار التى شرعت الشفعة لمنعها طول مدة الانتظار ^(٤) ، فصح الشفعة ، ويحل الشفيع محل المشتري ، ويكون للبائع حق استرداد المبيع وفسخ البيع فى

(١) الفتاوى الهندية ٥ ص ١٦١ .

(٢) الزيلى ٥ ص ٢٥٥ .

(٣) سليم باز على المادة ١٠٢٦ من المجلة .

(٤) دى هلتس نبقة ٨ .

مواجهة الشفيع ، كما كان له ذلك في مواجهة المشتري ^(١) .

البيع بشرط الخيار

١٧٥ - في الشريعة الإسلامية - يشترط زوال ملك البائع عن المبيع كما تقدم ، لأن الشفيع يملك المبيع على المشتري بمثل ما ملك به ، فإذا لم يزل ملك البائع استحال تملك المشتري ، فاستحال تملك الشفيع . فلا تجب الشفعة في المبيع بشرط خيار البائع .

١٧٦ - المبيع بشرط خيار البائع - اتفق الفقهاء على أنه لا تجب الشفعة في المبيع بشرط خيار البائع ، لأن خياره يمنع خروج المبيع عن ملكه ، وبقاء ملكه يمنع وجوب الشفعة ^(٢) .

فإن أسقط البائع خياره حتى لزم البيع ، فوجب فيه الشفعة للشفيع .

١٧٧ - هل يجب على الشفيع طلب الشفعة عند سقوط الخيار أم عند البيع ؟ - اختلف الفقهاء . فيرى بعضهم أن الشفعة تجب للشفيع إن طلبها عند البيع بشروطها ، أي أنه يجب على الشفيع أن يطلب الشفعة عند حصول

(١) زكي الرازي بك نبذة ١٨ - ذهني بك ، الأموال ، نبذة ٥١٥ - المنصورة الجزئية ٢٢ فبراير ١٩٢٦ (القاضي يوسف رقت بك) الحمامة ٨ رقم ٣٧٩ ص ٥٧٨ الجدول العشري الأول للحاماة رقم ٩٨١ .

(٢) الزيلعي ٥ ص ٢٥٣ - الفتاوى الهندية ٥ ص ١٦٠ - بداية المجتهد ٢ ص ٢٤٤ . وقد جاء في المذهب (١ ص ٣٨١) : « وإن اشترى شقفا وشروط الخيار فيه للبائع لم يكن للشفيع أن يأخذ قبل انقضاء الخيار ، لأنه في أحد الأقوال لا يملك الشفيع ، وفي القول الثاني ملكه موقوف ، فلا يملك أم لا ، وفي القول الثالث يملكه ملكا غير تام ، لأن البائع أن يفسخه ، ولأنه إذا أخذ بالشفعة أضر بالبائع ، لأنه يسقط حقه من الفسخ ، والضرر لا يزال بالضرر . تاورن رأى أبي الخطاب ، فقد جاء في الفنى ٥ ص ٤٧١ : « ولا تثبت الشفعة في بيع الخيار قبل انقضائه ، سواء كان الخيار لهما أو لأحدهما وحده أبهما كان . وقال أبو الخطاب يخرج أن تثبت الشفعة ، لأن الملك انتقل ، فثبتت الشفعة في مدة الخيار كما بعد انقضائه » .

البيع ، والا سقط حقه ^(١) .

ويرى بعض آخر أنه يكفي حصول الطلب عند سقوط الخيار ، لأن البيع إنما صار سبباً لإفادة الملك في ذلك الوقت ^(٢) .

١٧٨ — خيار المشتري — ان كان الخيار للمشتري تجب الشفعة ، لأن المبيع خرج من ملك البائع ^(٣) . وإنما اختلف هل دخل في ملك المشتري أو لم يدخل ، والشفعة إنما تجب برغبة البائع عن ملكه ، بدلالة أنه لو ادعى أنه باع داره من زيد ، فجحد زيد ، وجبت الشفعة لأجل اعترافه بخروج الشيء عن ملكه ، وإن لم يحكم بدخوله في ملك المشتري ^(٤) . وهذا هو رأى أبى حنيفة والشافعي والكوفيين .

وقيل ان الشفعة غير واجبة على المشتري ، لأنه غير ضامن ، وبه قال جماعة من أصحاب مالك ^(٥) .

١٧٩ — الخيار للبائع والمشتري معا — لا شفعة اذا كان الخيار للبائع والمشتري ، لأنه اذا كان الخيار للبائع ، أولها ، لا يخرج المبيع عن ملك البائع . هذا ما لم يسقط البائع حق خياره ^(٦) .

١٨٠ — واذا بيعت دار وكان الخيار فيها للبائع أو للمشتري ، وبيعت دار مجنبها ، كان لأيهما الأخذ بالشفعة . لأن البائع لم يخرج المبيع عن ملكه ان كان الخيار له ، فله أن يأخذها بالشفعة ، ويسقط خياره ، وينسخ البيع ، لأن

(١) مرشد الحيران للمادة ١١٦ : لا شفعة فيما يبيع بعرض الخيار للبائع الا اذا أسقط البائع خياره حتى لزم البيع فوجب فيه الشفعة للشفيع ان طلبها عند البيع بعروضها .

(٢) شرح مرشد الحيران ص ٨٣ — البنايع ص ١٣ — الزيلعي ص ٢٥٤ .

(٣) الزيلعي ص ٢٥٤ — الفتاوى الهندية ص ١٦٠ — المهذب ١ ص ٣٨١ .

(٤) حاشية الشلي بهامش الزيلعي ص ٢٥٤ .

(٥) بداية المجتهد ٢ ص ٢٤٤ .

(٦) حاشية الشلي بهامش الزيلعي ص ٢٥٤ — الفتاوى الهندية ص ١٩٠ .

الأخذ بالشفعة تقض منه للبيع ، لأنه أراد بذلك الاستيفاء ، اذ لا تجب الشفعة
الا لدفع ضرر على الدوام . وكذلك المشتري ان كان الخيار له ، لأن البيع دخل
في ملكه ، لأنه يصير بالأخذ مختارا للبيع ، فيصير اجازة ، فيلزم ويملك به البيع ،
ولأنه صار أحق بالمبيع من غيره ، وذلك يكفي لاستحقاق الشفعة ^(١) .

وكذا اذا اشترى دارا ولم يرها ، فبعت دار مجنبها قبل أن يرى الأولى .
كان له أن يأخذها بالشفعة ، لأن ملكه في التي يشفع بها ثابت ، فيستحق به
الشفعة ، كما يستحق فيما اذا اشترى مع خيار الشرط أو باع ، لكنه هنا اذا
أخذ المشفوعة لا يسقط خياره ، لأن خيار الرؤية لا يبطل بصريح الإبطال ،
فبدلته أولى .

ثم اذا حضر شفيع الدار الأولى ، وهي التي اشتراها المشتري ، كان له أن
يأخذها بالشفعة ، لأنه هو أولى بها من المشتري ، لما عرف أن الشفيع أولى من
المشتري ، وليس له أن يأخذ الثانية ، وهي التي أخذها المشتري بالشفعة ، اذا
لم تكن متصلة بملكه ، لانعدام سبب الشفعة في حقها ، واتصالها بالمشفوعة لا يفيد
لعدم ملكه فيها وقت بيع الأخرى ، وان كانت متصلة بملكه كان له أن
يشارك فيها بالشفعة لوجود السبب . وهذا لا يختص بالشراء بخيار شرط أو رؤية ،
بل كل من اشترى دارا وبيعت دار مجنبها كان له هو أن يأخذها بالشفعة ، ثم
اذا جاء شفيع الأولى بعد ما أخذ المشتري الثانية بالشفعة ، كان لهذا الذي جاء
أن يأخذ الأولى بالشفعة ، وليس له أن يأخذ الثانية بالشفعة الا اذا كانت متصلة
بملكه ^(٢) .

١٨١ - **الخيار للشفيع** - لو شرط البائع الخيار للشفيع فلا شفعة له
في المبيع ، لأنه لما شرط الخيار للشفيع صار كأنه شرط الخيار لنفسه ، فان أجاز
الشفيع البيع جاز وبطلت شفيعته ، لأن البيع من جهة الشفيع قد تم ، وصار

(١) الزيلعي • ص ٢٥٤ - الفتاوى الهندية • ص ١٦٣ .

(٢) الزيلعي • ص ٢٥٤ - الفتاوى الهندية • ص ١٦٣ - ١٦٤ .

كأنه باع . وإن فسخ فلا شفعة له أيضا ، لأن ملك البائع لم يزل . ولكن الحيلة للشفيع في ذلك ألا يميز ولا يفسخ حتى يميز البائع البيع أو يجوز بمضى المدة ، فينتدله الشفعة ^(١) .

١٨٢ — وكذلك لو باع داره على أن يضمن له الشفيع الثمن عن المشتري ، والشفيع حاضر فضمن ، جاز البيع ، ولا شفعة له ، لأن البيع من جهة الشفيع قد تم ولا شفعة له ^(٢) .

١٨٣ — ولو أن المشتري اشترى دارا وشرط الخيار للشفيع ثلاثة أيام ، كان للشفيع الشفعة ، لأن اشتراط الخيار له كاشتراطه للمشتري ، وذلك لا يمنع وجوب الشفعة ^(٣) .

١٨٤ — خيار العيب وخيار الرؤية — خيار العيب وخيار الرؤية لا يمنعان وجوب الشفعة ، لأنهما لا يمنعان زوال ملك البائع ^(٤) .

١٨٥ — الرد بخيار رؤية أو شرط أو عيب بقضاء — إذا سلم الشفيع الشفعة ، ثم عاد المبيع الى البائع على حكم الملك الأول ، فلا شفعة له بالعود ، لأنه أسقط شفعته عن ذلك ، ولا يعود الا بعود سبب آخر ، وكل موضع عاد الى البائع يحكم بملك مبتدأ كان للشفيع الشفعة ، كما لو اشتراها . وفي الموضوع تفصيل . فإن كان الرد بالعيب ، وحصل بعد القبض ، بأن وجد مشتري الدار عيبا بالدار بعد ما قبضها ، وردها بالعيب ، وكان ذلك بعد ما سلم الشفيع الشفعة ، فيختلف فيه القضاء وغير القضاء . فليس للشفيع أن يأخذها بالشفعة ان كان الرد بالعيب

(١) راجع حاشية الشلي بهامش الزيلعي . ص ٢٥٤ — الفتاوى الهندية . ص ١٦٠ —

. ١٦١

(٢) حاشية الشلي بهامش الزيلعي . ص ٢٥٤ .

(٣) راجع حاشية الشلي بهامش الزيلعي . ص ٢٥٤ .

(٤) البائع . ص ١٣٤ — المجلة للمادة ١٠٢٦ — حاشية الشلي بهامش الزيلعي .

ص ٢٥٤ — الفتاوى الهندية . ص ١٦١ .

بقضاء قاض ، لأنه انسخ العقد من أصله ، وعاد على حكم الملك الأول ، ولو كان الرد بنير قضاء فقيه الشفعة ، لأن الشيء عاد بملكه بقوله ورضاه ، فصار كسواء مبتدأ ، فعملقت به الشفعة (١) .

وان كان الرد بالعيب قبل قبض الدار ، فان كان بقضاء فلا شفعة للشفيع وان كان بنير قضاء فكذلك عند محمد . وأما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف فقد اختلف المشايخ ، بعضهم قالوا للشفيع الشفعة ، وبعضهم قالوا لا شفعة للشفيع (٢) .

وان كان المشتري رد الدار بخيار رؤية أو بخيار شرط ، لا يتجدد للشفيع حق الشفعة ، حصل الرد قبل القبض أو بعد القبض ، بتراضيهما أو بنير تراضيهما (٣) .

في القانون

١٨٦ — يشترط في القانون أيضا أن يزول ملك البائع عن العقار المبيع . فان لم يكن كذلك ، بأن كان البيع موقوفا مثلا على تصديق مجلس الوزراء ، فان حق الشفعة لا يمكن استعماله (٤) .

البيع المعلق على شرط

١٨٧ — لم يذكر قانون الشفعة شيئا عن البيع المعلق على شرط واقف

(١) راجع حاشية الثلي بهامش الزيلعي ٥ ص ٢٥٥ — ٢٥٦ — الفتاوى الهندية ٥ ص ١٩٤ .

(٢) الفتاوى الهندية ٥ ص ١٩٤ .

(٣) كذا في المحيط . الفتاوى الهندية ٥ ص ١٩٤ .

(٤) راجع استئناف مختلط ١٥ نوفمبر ١٩٠٠ (١٣ ص ١٧) ، أول فبراير ١٩٠٦ (١٨ ص ١٠٨) ، ٢٠ يونيو ١٩٠٤ برئاسة مسيو مريندو (١٦ ص ٣١٣) الاستقلال ٤ رقم ١٠٤ من ١٠٤ . وقد جاء في هذا الحكم الأخير أن البيع الموقوف لا ينقل للمشتري حقا ، بل شبه حق *Spes juris* ، وعليه فالجواب الذي يعلم بهذا البيع لا يحق له المطالبة بالشفعة ، لأن البيع المذكور ليس كاملا .

(condition suspensive) ، أو شرط فاسخ (condition résolutoire) ^(١) .

ونرى جواز الشفعة في الحالتين ^(٢) .

ففي حالة البيع الموقوف فقاذه على شرط ، وإن كانت الملكية لا تنتقل ، إلا أن مثل هذا الشرط عند تحققه يرجع الى وقت العقد ، ويعتبر البيع نافذا من وقته . ويقوم طالب الشفعة بدفع المبلغ الذى يكون المشتري تحت شرط قد دفعه .

وفي حالة البيع المعلق فسخه على شرط يكون العقد موجودا ، وآثاره كلها سارية ، وتنتقل الملكية بالعقد وتسجيله ، فيجب على الشفيع أن يطالب بالشفعة ، والا سقط حقه اذا لم يعلن رغبته ، فاذا تحقق الشرط يسقط حقه ، كما كان يسقط حق المشتري الذى حل محله ^(٣) .

ويرى فتحى زغلول باشا عدم الشفعة في حالة البيع الموقوف فقاذه على شرط ، لأن الملكية لا تنتقل ، ولا عبء بأنها عند تحقق الشرط تعتبر أنها نقلت من يوم البيع ، ولأن خيار التقايل لا يزال موجودا حتى يتحقق الشرط ^(٤) .

وحكمت محكمة المنصورة الجزئية ^(٥) بجواز الشفعة في البيوع الفاسدة وفي البيوع الموقوفة على شرط ، لأنها تعتبر جميعها بيوعا مشروعة أصلا ، وتترتب عليها نتائجها القانونية .

١٨٨ — بيع الوفاء (Vente à réméré) — بيع الوفاء هو البيع

مع شرط خيار الاسترداد للبائع (مدنى ١٦٥٩/٤٢١/٣٣٨) . ولا فرق بينه وبين

(١) راجع مدنى ٣٠٤/٢٣٨ .

(٢) من هذا رأى أيضا دى هلنس بنفة ١٥ .

(٣) دى هلنس بنفة ١٦ .

(٤) ص ٨٣ — عكس ذلك : الرابى بك بنفة ١٩ .

(٥) المنصورة الجزئية ٢٢ فبراير ١٩٢٦ (القاضى يوسف رفعت بك) المحاماة ٨ رقم

٣٧٩ ص ٥٧٨ الجداول العشرى الأول للمحاماة رقم ٩٨١ .

البيع المعلق فسخه على شرط الا في كون تحقيق الشرط وعدمه محدود الأجل ،
أي أنه يجب فيه تعيين زمن لرد الثمن وأخذ البيع ^(١) .

وقد اختلف فيما اذا كانت تجوز فيه الشفعة أم لا .

فحكمت محكمة الاستئناف المختلط ^(٢) بأنه لا تجوز الشفعة في حالة البيع
الوفائي ، الا اذا سقط حق البائع في الاسترداد ، وأصبح حق المشتري نهائيا .

والظاهر أن محكمة طنطا الابتدائية من هذا الرأي أيضا ، فقد جاء في حكم
لها ^(٣) أن الشفعة انما تكون في البيع الصحيح التام غير المعلق على شرط . أما
في حالة بيع الوفاء فان المشتري ليس كذلك .

ومن هذا الرأي أيضا بعض الشراح ^(٤) .

وترى محكمة الاستئناف الأهلية أن بين البيع الوفاي وبيع الخيار — الذي
لم تبج الأئمة الشفعة فيه الا متى بطل الخيار — فرقا عظيما ، لأنه في بيع الوفاء
تنقل الملكية بمجرد البيع ويصبح المشتري مالكا ، وأما في بيع الخيار فلا تنقل
الملكية الى المشتري ما دام الخيار ، فلي ذلك لا يمكن للشفيع أن يأخذ العين من
المشتري بالشفعة الا عقب حصول البيع في المواعيد المبينة قانونا ، لا عند انقضاء
ميعاد الوفاء ^(٥) .

(١) فتحي زغلول باشا ص ٢٥٣ .

(٢) أول فبراير ١٩٠٦ (١٨ ص ١٠٨) .

(٣) ١٩ ابريل ١٩١١ (دائرة حسن حسني بك ومستر لونيغ والقاضي غريمال سيدهم)
المجموعة ١٣ رقم ٢٤ ص ٤٦ الفهرست المصرية الثانية للمجموعة رقم ٩٦٣ . وقد قرر
هذا الحكم أيضا أن البائع يبا وفاقيا لا يكون له حق الشفعة ، لأنه يرتب على بيع الوفاء
حرمان البائع من ملكية البيع ، لا انتقالها للمشتري بمجرد البيع ، وعليه فيكون حق الشفعة
لحين استرداد البيع للمشتري لا للبائع .

(٤) فتحي زغلول باشا ص ٨٣ — فورجير ص ١٣٣ .

(٥) ٢٦ أبريل ١٩١٣ (دائرة مستر دلبرغو ومحمد توفيق نسيم بك وأحمد راغب بدر
بك) المصرائع ١ رقم ٤٣ ص ٢٩ .

ونحن لا نرى ما يمنع الأخذ بالشفعة ، لأن حق الاسترداد يمكن الاتفاق على أن يكون الى خمس سنوات ، وهذا الوقت طويل ، ومن السهل العمل في خلاله على جعل الشفعة مستحيلة ^(١) ، وليس هناك ما يدعو الشفيع الى الانتظار خمس سنوات ، في حين أن البيع الذي حصل يترتب عليه نقل الملكية في الحال الى المشتري . وقد يكون الشفيع وقت البيع في حالة تسمح له بدفع الثمن ، ولكن قد لا يجد الثمن بعد خمس سنين . على أن رفض الشفعة في هذه الحالة مما يمهّد للعاقدين طريقاً لمقالة الشفعة ، وهو اشتراط خيار الاسترداد في كل بيع ، ثم كتابة ورقة ضد contre lettre في الوقت نفسه لانفاء هذا الشرط .

وبالنسبة للبائع لا يوجد ما يضره اذا استعمل الشفيع حقه وقت البيع ، لأنه اذا شاء الاسترداد فسيان أن يكون الاسترداد ضد المشتري منه أو ضد الشفيع .

١٨٩ — وقد حكم بأنه لا تقبل الشفعة اذا كان في وقت استعمالها لا يزال للبائع حسب عقده حق فسخ البيع واستعمل هذا الحق ^(٢) .

١٩٠ — البيع المعلق على شرط يحذف بنقل الملكية — لا تصح الشفعة فيما يباع تحت شرط يحذف بنقل الملكية ، مثل أن للمشتري لا يكون مالكا للبيع ملكا باتا الا بعد دفع آخر قسط ، وأنه ممنوع من التصرف فيه ، سواء بالرهن أو بالاعطاء أو غيره ، الى أن تدفع جميع الأقساط ^(٣) .

١٩١ — البيع المعلق على شرط عزم استعمال من الشفعة — يكون البيع صحيحا ، والشفعة جائزة ، والشرط باطل لخالفته للنظام العام ، لأنه

(١) دى هلنس ١٧ — الرابى بك ص ١٨ .

(٢) استئناف مخطط ٢٤ أبريل ١٩٠٢ (١٤ ص ٢٦٧) .

(٣) استئناف ٢١ نوفمبر ١٨٩٥ (دائرة صالح ثابت بك ومستر بوند وبجي ابراهيم بك)

الحقوق ١١ ص ٢٨ .

راجع أيضا استئناف مخطط أول فبراير ١٩٠٦ (١٨ ص ١٠٦) .

قارن استئناف مخطط ٢ يونيو ١٩٠٤ (١٦ ص ٣١٣) .

يترتب عليه حرمان غير العاقدین من استعمال حق له .
على أن هذه المسئلة لا تخلو من آراء أخرى ^(١) .

الاقالة من البيع

١٩٢ — توجد الشفعة بمجرد البيع ، فإذا حصل بين البائع والمشتري اقالة برضاهما ، فلا يسقط حق الشفع في الشفعة الثابت له بسبب البيع الذي ترتبت عليه الاقالة ، بل انها تجدد للشفيع حق الشفعة اذا كان سقط في البيع الأول ، لاعتبارها بيعا جديدا ^(٢) .

وهذا هو حكم الشريعة ، فقد جاء في الفتاوى الهندية ^(٣) :

« اذا سلم الشفع الشفعة ، ثم ان المشتري رد البائع على البائع ، ان كان الرد بسبب هو فسخ جديد من كل وجه ، نحو الرد بخيار الرؤية وبخيار الشرط والعيب قبل القبض بقضاء أو بغير قضاء وبعد القبض بقضاء ، لا يتجدد للشفيع حق الشفعة . وان كان الرد بسبب هو بيع جديد في حق الثالث ، نحو الرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء وبالرد بحكم الاقالة ، يتجدد للشفيع حق الشفعة . وأما اذا لم يسلم الشفع الشفعة حتى فسخ البائع والمشتري العقد بينهما لا يبطل حق الشفعة ، سواء كان الفسخ بسبب هو فسخ من كل وجه أو بسبب هو فسخ من وجه ، بيع جديد من وجه . كذا في الذخيرة » .

ويرى العراقي بك عكس هذا الرأي ^(٤) ، لأن الاقالة عبارة عن اعدام

(١) راجع العراقي بك بنفذة ٢٠ ص ١٥ — ١٦ .

(٢) أنظر الياط الجزئية ٢٢ مارس ١٩٢٢ (القاضي أحمد نشأت) المحاماة ٣ رقم ٢١٩ ص ٢٨٧ الجدول العشري الأول للمعاملة رقم ٩٧٥ .

راجع استئناف أهلى ٢٠ فبراير ١٨٩٦ (دائرة أحمد عفيف بك ومسيو كامران ومحي ابراهيم بك) القضاء ٣ ص ٣٢٢ .

(٣) الفتاوى الهندية ٥ ص ١٩٤ .

راجع أيضا سليم باز على المادة ١٠٢١ من المجلة .

(٤) ص ١٦ وما بعدها .

البيع ، وبمحصولها يعتبر كأنه لم يكن ، فلا تجوز الشفعة مع عدم بقاء البيع ، ولا تعتبر الأقالة بيعا جديدا يتجدد به للشفع حق الشفعة ، لأنها هي فسخ بيع سابق ، لا انشاء بيع جديد .

وعند الشافعية لا تجوز الشفعة . وقد جاء في المذهب : « وان باع من رجل شقصا ، ففنا الشفع فيه عن الشفعة ، ثم رجع الشقص اليه بالأقالة ، لم تثبت فيه الشفعة ، لأنه لم يملكه بعوض ، وانما انفسخ البيع ورجع المبيع الى ملكه بغير بدل » (١) .

البيع الصوري

١٩٣ — يشترط ، كما تقدم ، خروج المبيع عن ملك البائع . فإذا ثبت أن البيع الذي بنى عليه طلب الشفعة بيع صوري فلا شفعة (٢) .

١٩٤ — البيع مع وجود ورقة ضد — الأوراق التي تعمل ضد عقود ، والتي يتفق على أن تكون سرية ، وعلى أن تخالف نصوصا من نصوص تلك العقود ، لكي تترتب في الظاهر العلاقات التي بين المتعاقدين ، لا يكون لها تأثير الا بالنسبة للمتعاقدين ولورثتهم أو خلفائهم في جميع حقوقهم ، ويمكن أن ينكرها الغير . ويراد هنا بكلمة الغير جميع الأشخاص الذين لم يدخلوا في ورقة الضد ولا هم ورثة للمتعاقدين ولا خلفاؤهم ، ولذلك لا يمكن — كما حكمت محكمة الاستئناف المختلطة — التمسك على الشفع بورقة ضد تدل على أن البيع لم

(١) المذهب ١ ص ٣٨١ .

(٢) مصر الاجدائية أول فبراير ١٩٢٣ (دائرة اسكندر عازر بك ومستر بلرن وأحمد نظيف بك) المحاماة • رقم ٦٦٥ ص ٨١٣ الجدول العشري الأول للحاماة رقم ٩٧٧ .

راجع الفتاوى الهندية • ص ١٩٤ : اذا اشترى الرجل دارا أو أرضا فسلم الشفع الشفعة ، ثم ان البائع والمشتري تصادقا أن البيع كان تلبئة ، ورد المشتري الدار على البائع ، لا يجدد للشفع حق الشفعة ، لأنه بعد تسليم الشفعة لم يبق للشفع حق أصلا ، فإقرارهما لا يتضمن بطلان حقه ، فثبت التلبئة بإقرارهما ، فكان الرد بسبب التلبئة ، فلا يتعدد به حق الشفع .

يعمل الا كضامين لضمان دين المشتري على البائع حتى اذا دفع الدين فسخ البيع^(١).

عقد البيع الابتدائي

١٩٥ - اذا كان عقد البيع الابتدائي قابلاً للردول عنه فظير دفع تعويض فلا يمكن أن يتولد عنه حق الشفعة . وقد حكمت بذلك المحاكم^(٢) .
وانما يتولد حق الشفعة من عقد بيع يتحدد به مركز البائع والمشتري ازاء الشفيع بطريقة نهائية ، كما يستنتج من نص المادة ١٩ من قانون الشفعة ، اذ ورد فيها أنه يستدل على التنازل الضمني بكل عمل أو عقد يؤخذ منه أن الشفيع عرف المشتري بصفته مالكا للعقار نهائيا ، ولا ريب أن تحقيق هذه الصفة للمشتري يستلزم أن يكون عقده ناقلاً للملكية بطريقة نهائية . وأن هذا الاستنتاج يتماشى مع روح التشريع كما يظهر من نص المادة الرابعة عشرة من قانون الشفعة التي تقضى بأن يكون طلب الشفعة مشتملاً على عرض الثمن وملحقاته ، فان هذا الطلب الذي يشمل عرض الثمن ، كما يشمل طلب التخلي عن العقار ، لا يمكن أن يكون جدياً الا اذا كان المشتري قد دفع الثمن أو جزءاً عظيماً منه وتسلم العقار الذي يطالب بالتخلي عنه ، ولا ريب أن مثل هذه النتائج لا تترتب الا على عقد بيع نهائي ، وعلى ذلك لا يبدأ ميعاد سقوط الحق في الشفعة بسبب العلم بالبيع الا من تاريخ العقد النهائي ، وليس من تاريخ العقد الابتدائي ، حتى ولو

(١) استئناف مخطط ٢٧ مارس ١٩٠٢ برئاسة مسيو كورزيميكس (١٤ من ٢٣٢) الاستغلال ٢ رقم ١٧٤ من ١٨١ .

(٢) استئناف أعلى ١٤ فبراير ١٩٢١ (دائرة مستر برسفال ومستر كلابكوت وأحمد زكي أبو السعود بك) المحاماة ٢ رقم ١١ من ٢٢ المجموعة ٢٣ رقم ٤١ من ٦٥ — كفر الشيخ الجزئية ١١ يناير ١٩٢٦ (القاضي رياض رزق الله) المحاماة ٦ رقم ٤٩٩ من ٨١١ الجدول المصري الأول للمحاماة رقم ٩٧٨ — بني سوف الابتدائية ٣١ مارس ١٩٢٩ (دائرة القضاة زكي خير الأوتيجي وأبو بكر صادق وأحمد راغب دكروزي) المحاماة ١١ رقم ٣٢١ من ٦٤٥ .

ثبت أن الشفيع كان على علم بمحصول البيع الابتدائي قبل ذلك .
وقد حكم بأنه إذا كان البيع قد تم ، فلا يكون طلب الشفعة سابقاً لأوانه
بمجة عدم تحرير عقد رسمي وعدم تسجيل البيع ، في حين أن العقد النهائي تحرر
وسجل في أثناء دعوى الشفعة وفي تاريخ قريب من تقرير الشفعة ^(١) .

وبأنه إذا كان عقد البيع ما هو الا صورة رسمية *expression authentique*
لاتفاق سابق وصف خطأ بأنه مؤقت *provisoire* ، فطلب الشفعة الذي يقدم
بمقتضى هذا الاتفاق لا يعتبر سابقاً لأوانه ^(٢) .

وبأنه إذا كان العقد الرسمي ما هو الا تأييد لاتفاق سابق ، فكون طلب
الشفعة حصل قبل تحرير هذا العقد لا يعتبر سبباً لعدم قبول الدعوى ، ما دام
أن الرغبة في الشفعة لم تنقطع في أى وقت ، وأن العاقدين قد أخطروا *prévenus*
بأنهما يجب أن يحجروا العقد الجديد لمصلحة الشفيع ^(٣) .

الوعد بالبيع

١٩٦ — إذا كان الوعد بالبيع مصحوباً بالوعد بالشراء ، وحصل الاتفاق
على المبيع والثمن ، فإن حكمه حكم البيع (*Promesse de vente vaut vente*)
وعلى ذلك فليس ما يمنع من وجود الشفعة ^(٤) .

أما إذا كان الوعد من جانب البائع وحده ، أو من جانب المشتري وحده ،
فلا يوجد بيع حتى يوجد القبول من الطرف الآخر ، وعلى ذلك فلا شفعة حتى
يتم العقد بتلاقي الإيجاب والقبول ^(٥) .

(١) استئناف مخطط ٢٤ مايو ١٩٠٧ (١٩ ص ٢١٩) . راجع ما سيحيى بخصوص
العقد غير المسجل .

(٢) استئناف مخطط ٢٥ ابريل ١٩٠٧ (١٩ ص ٢١٩) .

(٣) استئناف مخطط ١١ يناير ١٩٢٧ (٣٩ ص ١٤٢) .

(٤) دي هتس نبذة ١٨ .

(٥) ذهني بك « الأموال » نبذة ٥١٦ مكررا (١) .

تقديم عقار للشركة

١٩٧ — اذا قدم أحد الشركاء للشركة عقارا فان الملكية تنتقل من الشريك الى الشركة ، و يترتب على تقديم العقار ما يترتب على البيع ^(١) .

وقد جرى البحث فيما اذا كانت الشفعة تجوز في هذه الحالة . فمن رأى فتحى زغلول باشا عدم جوازها ^(٢) . وهذا هو أيضا رأى دى هلتس ^(٣) . ونحن من هذا رأى ، وذلك لأنه يترتب على الشفعة حلول الشفع على المشتري وقيامه بكل التزاماته ، وهذا متعذر في حالة تقديم العقار للشركة ، اذ يترتب على الشفعة ، اذا قضي بجوازها ، أن يقوم الشفع بالتزام مقدم الحصة في تخصيص العقار للفرض المتفق عليه بين الشركاء (كخصيصها لاقامة الادارة) ، وكيف يتمكن الشفع ، وهو ليس شريكا ، من القيام بهذا الالتزام ، واذا تمكن فـأ فائدته من الأخذ بالشفعة ، على أن حالة الشريك الذى يقدم العقار لا تشبه حالة البيع تماما ، وان كان يترتب عليها بعض ما يترتب على البيع ، وذلك لأنه لا يوجد ثمن ، اذ في كثير من الأحوال لا يقوم العقار المقدم من الشريك ، والأرباح التى يستولى عليها الشريك ليست نتيجة انتقال ملكية العقار بل هي نتيجة الشركة .

أما اذا كان الشريك لا يقوم بأى التزام ، بل كان تقديمه عقاره للشركة مقابل تقود تدفعها الشركة له أو مقابل سهوم الشركة obligations de la société ، فان تقديمه العقار يعتبر ييما أو تنازلا مقابل ثمن ، فتجوز الشفعة . وقد حكمت بذلك محكمة الاستئناف المختلطة ، مضيفة أنه لو كان هناك عنصر احتمالى ، سواء في تقدير الشيء أم في تحديد الثمن ، فان هذا لا يزيل عن

(١) راجع مدنى ٥١٦/٤٢٤ ، ٥١٧/٤٢٥ ، ١٨٤٥/٥١٧ .

(٢) ص ٨٣ .

(٣) دى هلتس نبذة ١٩ .

راجع أيضا فورچير ص ١٣٢ .

العقد صفة البيع^(١) .

١٩٨ - انرماج شركة في أنمري - اذا انحلت شركة ، وامتزجت بأخرى موجودة ، فاندماج الشركة الأولى في الثانية هو نوع من البيع ، بمقتضاه تقوم الشركة المحلولة بدور البائع أو المتنازل ، والشركة الباقية بدور المشتري أو المتنازل له . وهذا الامتزاج يخول اذن لمصلحة الضير الذى يكون شريكا في ملكية عقار تنازلت عنه الشركة المحلولة حتى الشفعة في هذا العقار^(٢) .

نزع العقار للشفعة العامة

١٩٩ - لا تجرى الشفعة في العقار المبيع اذا كان مأخوذا للعنايف العامة ، اذا لا فائدة من الشفعة فيه^(٣) .

البيع مقابل ايراد لدى الحياة

٢٠٠ - لا يجوز طلب الشفعة في البيع مقابل ايراد لدى الحياة Rente Viagère ، لأن الثمن غير محدد ، وقد يكون عبئا ثقيلا اذا امتدت حياة الشخص الذى ترتب الايراد لمدة حياته^(٤) .

عقد البيع غير المسجل

٢٠١ - اختلف رأى فيما اذا كان البيع غير المسجل يعطى الحق في الشفعة . فرأى فريق جواز الأخذ بالشفعة ، ولو أن العقد لم يسجل ، لأن البيع ينمقذ صحيحا ، بصرف النظر عن التسجيل الذى ينحصر أثره في تقييد نقل الملكية . ورأى فريق آخر عدم جواز الشفعة ، لعدم نقل الملكية في البيع غير المسجل . وسنبين فيما يلى حجج الفريقين .

(١) استئناف مخطوط ٣١ مايو ١٨٩٩ (١١ ص ٢٥٩) .

(٢) استئناف مخطوط ٣١ مايو ١٨٩٩ (١١ ص ٢٥٩) .

(٣) فتى زغلول بلشا ص ٨٣ .

(٤) راجع فورجيير ص ١٣٢ و ١٣٣ .

٢٠٢ - مجمع القائلين بجواز الشفعة :

استند من يقول بجواز الشفعة على الأسباب الآتية :

(١) عدم قبول الشفعة له نتائج خطيرة لا يمكن أن يجيزها القانون ، لما تنطوى عليه من احتمال تعطيل حق موجود ، وهو حق الشفعة ، في كثير من الأحوال ، فما هو الا أن يحجم المشتري بإرادته عن تسجيل العقد ، خصوصا اذا كان مطمئنا من جهة البائع له ، ويستمر (أى المشتري) متمتعا بالعقار المبيع بكل حقوق المالك ، في حين أن الشفعيع تصيبه جميع الأضرار التي شرع من أجلها حق الشفعة ، فيظل تحت رحمة المشتري ، فان سجل جازت الشفعة ، والا فلا ^(١) .

وما أسهل قياس هذه الحالة على الحالة التي يكون فيها أمر ما معلقا على شرط ارادى ، قد أجمعت القوانين على أن مثل هذا الشرط لا قيمة له ، ولا يمكن أن يعطل لأحد حقا ^(٢) .

- (١) التصورة الجزئية (القاضى يوسف رضى بك) ٨ ديسمبر ١٩٢٤ المجموعة ٢٦ رقم ٤٦ ص ٨٥ المحاماة ٥ رقم ٥٦٧ ص ٦٩١ الجدول المصرى الأول للسمامة رقم ١٠٦٦ .
 أسيوط الابتدائية (دائرة حامد شكرى بك والقاضى محمد عزت والقاضى محمد أمين صدق)
 ٢٨ مايو ١٩٢٥ المجموعة ٢٦ رقم ٤٦ ص ٨٣ المحاماة ٦ رقم ١١٣ ص ١٦٢ الجدول المصرى الأول للسمامة رقم ٥٦٥٧ الحقوق ٤٢ رقم ٣ ص ١١ .
 اسنا الجزئية (القاضى محمد فايز) ٣١ اكتوبر ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٣٦١ ص ٥٤٨ .
 الخليفة الجزئية (القاضى سعيد أنور بك) ٢١ ابريل ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ٢٥٣ ص ٣٧٦ الجدول المصرى الأول للسمامة رقم ١٠٧٣ .
 سهاولت الجزئية (القاضى اسكندر حنا) ٣٠ مايو ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٤٥١ ص ٧٤٦ .
 ايتاى البارود (القاضى محمود حلمى سوكة) ٢٣ نوفمبر ١٩٢٦ المحاماة ٨ رقم ٤٦ ص ٨٤ الجدول المصرى الأول للسمامة رقم ١٠٧٦ .

- (٢) مصر الابتدائية (دائرة محمد شكرى بك ومحمد نصار بك والقاضى سابا جيسى)
 ١٠ مارس ١٩٢٦ المجموعة ٢٧ رقم ٣٣ ص ٥١ المحاماة ٧ رقم ١٦ ص ٣١ الجدول المصرى الأول للسمامة رقم ١٠٧٢ .

(٢) ان قانون الشفعة لم يقل في نصوصه المتعلقة بدعوى الشفعة انه يجب لصحة رفع الدعوى أن تكون موجهة ضد المالك الأصلي والمالك الجديد ، بل قال يرفع الدعوى ضد البائع والمشتري ، وهما صفتان تصدقان على البائع والمشتري ، سواء أحصل التسجيل أم لم يحصل ، وذلك لأن البيع لم يزل من العقود الرضائية المحضة ^(١) .

ومن الخطأ البين أن يقال ان عقد البيع غير المسجل هو عقد بيع ناقص *vente irrégulière* ، بل هو بيع كامل وصحيح . وكل ما هنالك أن نقل الملكية ، وهو أثر من آثار البيع ، أصبح خاضعا لاجراءات شكلية تنحصر في تسجيل العقد ^(٢) .

(٣) أوجب قانون الشفعة على الشفيع أن يبدي رغبته في استعمال حقه في خمسة عشر يوما من تاريخ العلم بالبيع ، لا من تاريخ التسجيل ^(٣) .

(٤) ان القول باعتبار تاريخ التسجيل مبدأ للطلب في الشفعة يترتب عليه أن يسقط حق الشفيع الذي لا يبادر الى الطلب في ظرف خمسة عشر يوما من

(١) مصر المختلطة ١٥ مايو ١٩٢٦ جازيت ١٦ رقم ٣٠٥ من ٣٠٣ المحاماة ٦ رقم ٥٠٨ من ٨٢٧ الجدول المشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٧١ .

إتاي البارود ٢٢ نوفمبر ١٩٢٦ التقدم المحاماة ٨ رقم ٤٦ من ٨٤ .

(٢) مصر المختلطة ١٥ مايو سنة ١٩٢٦ جازيت ١٦ رقم ٣٠٥ من ٣٠٣ المحاماة ٦ رقم ٥٠٨ من ٨٢٧ ١٤ فبراير ١٩٢٨ جازيت ١٨ رقم ١٣٥ من ١٢٣ .

(٣) مصر الابتدائية (دائرة عبد الباقي زكي القشيري بك ونجيب نادرس جوهره بك) ٢ مايو ١٩٢٥ المجموعة ٢٦ رقم ٤٦ من ٨٢ الحقوق ٤٢ رقم ٣ من ٩ .

سالموط الجزئية ٣٠ مايو ١٩٢٦ التقدم المحاماة ٦ رقم ٤٥١ من ٧٤٦ .

استنا الجزئية ١٠ مايو ١٩٢٧ التقدم المحاماة ٧ رقم ٥٣١ من ٩٢٣ .

استئناف مخطط ٢١ ديسمبر ١٩٢٦ (٣٩ من ١٠٢) جازيت ١٨ من ١٣٢ رقم ١٤٥ المحاماة ٨ رقم ١٨٦ من ٢٣٨ .

استئناف مخطط ٥ فبراير ١٩٢٩ (٤١ من ١٥٩) المحاماة ٩ رقم ٥٥٢ من ١٠٢٠ .

تاريخ التسجيل ، مع أن قانون الشفعة قسه ينص على أن الحق لا يسقط الا اذا سكت الشفيع عن الطلب ستة أشهر بعد يوم التسجيل ، ولا يخفى ما فى ذلك من التناقض والتعارض ^(١) .

(٥) لم يتعرض قانون التسجيل لنصوص الشفعة بتعديل أو تغيير ^(٢) ، مما يدل على أن الشارع لم ير أن فى اصدار هذا القانون مساسا ما بالحقوق المقررة بقانون الشفعة من قبل ^(٣) .

(٦) ان الشفعة جائزة باجماع آراء الفقهاء فى البيع بشرط الخيار اذا كان الخيار للمشتري ، وحكمة ذلك أن البائع فى هذه الحالة لا يملك طلب الفسخ ، وانما يكون الأمر موكولا الى ارادة المشتري ، وحينئذ تصح الشفعة ^(٤) ، فيمكن أن يقاس البيع غير المسجل فى حالة الشفعة على البيع بشرط الخيار للمشتري ، اذ أن انتقال الملكية هو فى الواقع فى يد المشتري ، الذى ان شاء سجل وان شاء امتنع للنكاية بالشفيع ، وأما البائع فلا عمل له ولا مصلحة فى التسجيل الا فى أحوال مخصوصة لحفظ الامتياز وغيره ، وليس من الحق ولا من العدل أن يكون خيار المشتري فى التسجيل منشأ ضرر للشفيع ^(٥) .

(١) النصوص الجزئية ٨ ديسمبر ١٩٢٤ التقدم المجموعة ٢٦ رقم ٤٦ ص ٨٥ .

(٢) النصوص الجزئية ٨ ديسمبر ١٩٢٤ المجموعة ٢٦ رقم ٤٦ ص ٨٥ التقدم .

مصر الابتدائية ١٠ مارس ١٩٢٦ التقدم المجموعة ٢٧ رقم ٣٣ ص ٥١ المحاماة ٧ رقم ١٦ ص ٣١ .

(٣) النصوص الجزئية ٨ ديسمبر ١٩٢٤ التقدم .

(٤) المادة ١٠٢٦ من المجلة — التعليقات على هذه المادة فى مرآة المجلة ٢ ص ٤٢ .

(٥) النصوص الجزئية ٨ ديسمبر ١٩٢٤ المجموعة ٢٦ رقم ٤٦ ص ٨٥ التقدم .

قارن محكمة مصر الابتدائية ١٠ مارس ١٩٢٦ التقدم المجموعة ٢٧ رقم ٣٣ ص ٥١ المحاماة ٧ رقم ١٦ ص ٣١ ، فقد اعترضت المحكمة على من شبه البيع مع عدم التسجيل بالبيع مع خيار المشتري ، فقالت انهم قد أخطأوا فى العلة التى بنوا عليها ذلك الرأى . لأن المحكمة التى لأجلها أجازت الفرية الاسلامية الشفعة فى البيع مع خيار المشتري ، وعلى الضد من ذلك حرمتها فى البيع مع خيار البائع ، هى أن الملكية فى حالة خيار المشتري تنقل =

(٧) ان الشفيع لا يتلقى حق الملكية من المشتري حتى يستظر تسجيل العقد، ولكنه يحمل محله بمقتضى المادة ١٣ من قانون الشفعة في جميع حقوقه وتمهلاته ، ويستبر البيع كأنه صادر اليه من البائع دون المشتري ^(١) .

ومن ضمن الحقوق التي تؤول الى المشتري بعقد البيع الصحيح أن تنقل الملكية اليه بشهر العقد بالتسجيل ، بغير حاجة الى تدخل البائع ، وهذا الحق ينتقل الى الشفيع ^(٢) ، فله أن يطلب حوالة محل المشتري ، وشهر عقده بالطرق القانونية ، حتى تنتقل اليه الملكية التي كانت تنتقل للمشتري لو أنه سجل عقده ^(٣) .

وليس للبائع أن يشكو من ذلك ، فانه تخلى عن الملكية ، وهي لا تبقى لاصقة به بارادته ، بل بارادة غيره ، وهو المشتري ، وأما المشتري فان احتماء وراء عدم تسجيله عقده الذي هو من عمله ، ومن واجباته أن يقوم به ، تلاعب

= الى هنا الأخير فلا ، بعكس ما اذا كان الخيار للبائع ، فانها لا تنتقل ، فالدليل اذن على هذه الصورة لا يؤدي الى صحة هذا الرأي ، بل الأمر بالعكس .

راجع أيضا ما سيجيء ص ١٨٩ وما بعدها .

(١) النصورة الجزئية ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٤ المجموعة ٢٦ رقم ٤٦ ص ٨٥ المتقدم .
الوايلي الجزئية (القاضي محمد وصفي أبو الذهب بك) ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٣٥٤ ص ٥٣١ الجدول العصري الأول للمحاماة رقم ١٠٦٩ .

راجع استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٩٢٩ (٤١ ص ١٩٦) المحاماة ٩ رقم ٥٥٢ ص ١٠٢٠ الجدول العصري الأول للمحاماة رقم ١٠٨١ .

(٢) مصر الابتدائية ٢ مايو سنة ١٩٢٥ المجموعة ٢٦ رقم ٤٦ ص ٨٢ المتقدم .

اسنا الجزئية ٣١ أكتوبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٢٦١ ص ٥٤٨ .

(٣) أسبوط الابتدائية ٢٨ مايو سنة ١٩٢٥ المجموعة ٢٦ رقم ٤٦ ص ٨٣ المحاماة ٦ رقم ١١٣ ص ١٦٢ المتقدم .

النصورة الابتدائية (دائرة على عبد الرازق بك والقاضي محمد زكي أباطه والقاضي كامل عزمي) ١١ أكتوبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٤٩٥ ص ٨٠٥ الجدول العصري الأول للمحاماة رقم ١٠٦٨ .

غير مشروع وتحكم غير جائز في حق الشفيع ، والقانون لا يحصى الأعمال
للنظرية على سوء النية ^(١) .

(٨) لا ضرر من عدم تسجيل عقد البيع ، لأن تسجيل حكم الشفعة يقوم
مقام تسجيل العقد ^(٢) .

(٩) ان الشارع خالف في قانون الشفعة القواعد العامة المدونة في قانون
المرافعات ، قضى بأن الأحكام النيابية فيها لا تقبل المعارضة ، كما قصر في ميعاد
استئنافها وجعله خمسة عشر يوما ، ولم يقصد الشارع من ذلك الا تقصير أمد
النزاع بين أرباب المصالح في دعاوى الشفعة ، حتى يساعد على استقرار حالة الملكية
العقارية ، لما رأى في ذلك من أوجه النفع ، وهو لا يمكن انكاره . فتأخير ابداء
الرغبة حتى يسجل العقد يطيل أمد النزاع ، ولا يساعد على استقرار حالة الملكية
العقارية ^(٣) .

(١٠) ان التردد الذي أبدته المحاكم في الأخذ بهذا الرأي كان من نتائج
العملية أن نسبة عدد العقود التي لم تسجل زادت كثيرا عما كانت عليه قبل
العمل بقانون التسجيل ، فلم تتحقق أغراض الشارع من اصداره هذا القانون ^(٤) .

٢٠٣ - مبحث القائلين بعدم جواز الشفعة :

استند من يقول بعدم جواز الشفعة على الأسباب الآتية :

(١) مصر الابتدائية ١٠ مارس سنة ١٩٢٦ المجموعة ٢٧ رقم ٣٣ ص ٥١ المحاماة ٧
رقم ١٦ ص ٢١ للتقدم .

(٢) النصورة الجزئية ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٤ التقدم .

اسنا الجزئية ٣١ أكتوبر ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٣٦١ ص ٥٤٨ التقدم .

سمالوط الجزئية ٣٠ مايو ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٤٥١ ص ٧٤٦ التقدم .

(٣) مصر الابتدائية ١٠ مارس سنة ١٩٢٦ المجموعة ٢٧ رقم ٣٣ ص ٥١ المحاماة ٧
رقم ١٦ ص ٣١ للتقدم .

(٤) مصر الابتدائية ١٠ مارس سنة ١٩٢٦ التقدم .

(١) ان الشفعة ، كما عرفها الفقهاء ، هى تملك العقار المبيع كله أو بعضه ، ولو جبرا على المشتري ، بما قام عليه من الثمن والمؤن » (المادة ٩٥ من مرشد الحيران) . فالشفعة انما هى فى الملكية دون سواها ، اذا انتقلت بالبيع ، فاذا لم تنتقل فلا شفعة ، وهى أثر من آثار البيع ، وقد نصت المادة الأولى من قانون التسجيل صراحة على أن العقد غير المسجل لا يكون له من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين المتعاقدين ، فنفت بذلك الشفعة ^(١) .

(٢) ان القول بأن البائع قد فحل كل ما يلزم من جهته للتخلي عن ملكه ، وقد يكون المشتري واقفا منه فيمتنع عمدا عن التسجيل لمنع الشفعة ، والقانون لا يحمى الأعمال النظرية على سوء النية ، هذا القول مدفوع بأن القانون انما يحمى الشفيع بعد أن يتولد له حق الشفعة ، وهذا الحق لا يولد الا بانتقال الملكية ، وكل ما يمنع انتقالها لا يمنع تولده . ولا يمكن القول بحرمان الشفيع من حق الشفعة قبل وجوده ، وليس له اذا رأى أن العقد غير ناقل للملكية أن يكره المتعاقدين على اتمام الاجراءات الناقلة لها ليتولد له حق الشفعة ، كما ليس له أن يدعى هذا الحق قبل اتمام تلك الاجراءات ^(٢) .

(٣) ان القول بأن قانون الشفعة لم يوجب رفع دعوى الشفعة ضد المالك الأصلي والمالك الجديد ، بل قال يرفضها ضد البائع والمشتري ، وهاتان الصفتان تصدقان على البائع والمشتري حتى عند عدم تسجيل عقد البيع ، هو قول فى غير محله ، لأن العبارة ليست بالألفاظ ، فنقل الملكية هو جوهر عقد البيع ، والفرض الوحيد منه ، فان كان العقد غير ناقل للملكية فهو ليس بيعا فى الحقيقة ، رغم

(١) مصر الاجدائية (دائرة على زكى الراى بك والقاضى محمد شوقى والقاضى ابراهيم حلى) ٨ مارس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٤١ ص ٧١٥ الجدول العشرى الأول المحاماة رقم ١٠٧٧ .

الخلفه الجزئية (القاضى ابراهيم طرف بك) ٢٨ يونيه سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ١٦٨ ص ٢٣٩ .

(٢) مصر الاجدائية ٨ مارس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٤١ ص ٧١٥ للتقدم .

تسمية المتعاقدين له بهذا الاسم ، ولا يسميان بائعا ومشتريا رغم امتحالهما هاتين الصفتين ، بل هما متعاقدان على عقد خاص ليس له من الأثر الا التزامات شخصية . وقد كان البيع قبل قانون التسجيل الجديد ينقل الملكية في الحال بين المتعاقدين بمجرد العقد ، وكان يصدق عليهما أنها بائع ومشتري ، أما بعد هذا القانون فلا يتم ذلك الا بالتسجيل ^(١) .

(٤) لا محل للقول كذلك بأن الشفعة ما شرعت الا لمنع الأجنبي من أن يكون شريكا أو جارا للشفيع والمشتري ولو لم يسجل عقده يكون في الواقع كذلك ، لا محل لهذا القول لأن الشفعة لا تكون الا في الملك . فاذا لم يأت الأجنبي بصفة مالك فلا شفعة . ولذلك فان الايجار مهما طالت مدته لا يعطى الحق في الشفعة ، والمشتري غير المسجل ليس مالكا وليس له حق عيني على العين ، بل له مجرد حقوق شخصية قبل البائع ، والشفعة هي حلول المشتري في الملكية ، لا في مجرد حقوق شخصية ^(٢) .

(٥) ان الرأي القائل بمجاوز الشفعة في العقد غير المسجل لا يقوم الا على انكار التشريع الجديد ، الذي أدخل عمدا بنص صريح ، وبني على أسباب صريحة لا تحتل التأويل ، لأنه يجعل حكم البيع بعد صدور القانون الجديد هو نفسه حكمه قبل صدوره ، ويعطيه بمجرد الاتفاق كل نتائج القانونية ، متجاهلا النص على عدم انتقال الملكية . ولا يكون من الواضح حينئذ معنى هذا النص ، ولا ما هي نتائج العملية ولا ما هو الفرض من ايجاده ^(٣) .

(٦) طلب الأخذ بالشفعة في بيع لم يتم تسجيله هو طلب سابق لأوانه ، لأن الشفعة وجدت للبراء الضرر الذي يلحق الشفيع من جراء تصرفات ينبنى

(١) مصر الابتدائية ٨ مارس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٤١ ص ٧١٥ للتقدم .

مصر المختلطة ٩ ابريل سنة ١٩٢٥ جازيت ١٦ ص ٣٠٣ رقم ٣٠٤ .

(٢) مصر الابتدائية ٨ مارس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٤١ ص ٧١٥ للتقدم .

(٣) مصر الابتدائية ٨ مارس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٤١ ص ٧١٥ للتقدم .

عليها حلول جار جديد أو شريك جديد يتسبب من وجودهما علاقات غير مرضية بينهما وبين الشفيع ، أو لوجود حقوق عينية تربط العقارين المملوكين للشفيع والبايع بدرجة يحسن معها توحيد الملكية ، وهذه المشروعية تستلزم حتما وجود بيع تام ينقل الملكية من البائع الى الشفوع منه ، حتى يوجد حق الشفيع لدرء الضرر الذى ربما يناله من هذا التصرف ، ولذلك فقد جاء فى أحكام الشريعة أن الشفعة لا توجد اذا كان البيع قابلا للفسخ بالخيار وغيره (راجع رقم ٧ التالى) ، ولا شيء يمنع القضاء الحالى من الأخذ بهذه القاعدة ، وقد سبق للقضاء المختلط أن أخذ بذلك ، حيث قرر أن الشفعة لا تجوز الا فى البيع البات دون البيع الموقوف على اتمام اجراءات ، أو البيع القابل للفسخ ، كالبيع الوفاؤى (راجع رقم ٨ الآتى) . والبيع غير المسجل غير منتهى ولا ناقل للحقوق العينية أو لحق الملكية ، وأصبح اتفاقا بسيطا يعطى كلا من الطرفين حق الرجوع على الآخر بالالتزامات الشخصية (١) .

(٧) لا نزاع فى القانون ولا فى الشريعة فى أنه يشترط لقبول حق الشفعة أن يصير المشتري مالكا نهائيا للعقار المبيع ، كما أنه لا تصح الشفعة فى البيع بشرط خيار البائع ، لأن خياره يمنع خروج المبيع عن ملكه ، وعقد البيع غير المسجل غير ناقل نهائيا للملكية ، فلا يترتب عليه اذن حق الشفعة (٢) .

(١) استئناف مصر (دائرة عطيه حنى باشا ومستر رافرق ومحمد فهمى حسين بك) ١٠ يونيو سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ١٥٤ ص ٢١٤ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٧٤ .

(٢) مصر الاجتائية (دائرة عبد الوهاب فهمى بك ومترى ميخائيل بك وجمال الدين أباطه بك) ٣ نوفمبر سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ رقم ٢٩٥ ص ٣٣٣ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٦٥ .

قنا الاجتائية (دائرة حسن صادق رشيد بك والفاضى حنين منصور والفاضى عبد الحميد عمر وشامى) ٢٥ يناير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٥٤٤ ص ٨٧٥ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٧٠ .

(٨) ان كثيرين من علماء القانون وقهاء الشريعة الاسلامية وعددا كبيرا من أحكام المحاكم ذهبوا الى أن الشفعة لا تجوز في حالة البيع الوفاؤى ، والبيع الملحق على شرط فاسخ أو شرط واقف ، مع أنه في هذه الأحوال تنتقل الملكية من البائع للمشتري ، ولكنها تكون مقيدة ببعض القيود ، وقد حكمت محكمة الاستئناف في ٢١ نوفمبر سنة ١٨٩٥ ^(١) بأنه لا تصح الشفعة فيما يباع تحت شرط مجحف بنقل الملكية ، مثل أن المشتري لا يكون مالكا للبيع ملكا تاما الا بعد دفع آخر قنسط ، فمن باب أولى ألا تصح الشفعة في حالة بيع لم يسجل ولم تنتقل بمقتضاه الملكية من البائع الى المشتري ، وخصوصا أن حق الشفعة حق استثنائي يجب عدم التوسع فيه ، حتى أن علماء الشرع قد توسعوا في مستقات حق الشفعة وبالفوا في ذلك الى حد أنهم أجازوا الحيل ^(٢) في اسقاطها ^(٣) .

(٩) أن قياس البيع غير المسجل على البيع بشرط الخيار للمشتري قياس مع فروق عدة ، فانه وان كان نقل الملكية في يد المشتري ان شاء سجل عقده وان شاء امتنع ، فانه يجوز للبائع في حالة عدم التسجيل أن يتفق مع مشتر آخر يبيع له العقار فيسجل عقده وتنتقل له الملكية نهائيا دون أن يكون البائع مسئولاً أمام المشتري الأول الا عن التزاماته الشخصية فقط ، وليست هذه حالة البائع في حالة البيع بشرط خيار المشتري ^(٤) .

(١٠) ان القول بأن الشفع لا يستمد حقه من المشتري مباشرة ، بل هو محل محله في جميع حقوقه وتمهيداته ، ويعتبر أنه تلقى الملك من البائع ، تحميل

(١) الحقوق ١١ ص ٢٨ .

(٢) راجع ما تقدم بنبذة ٧ ونبذة ١٠٠ .

(٣) قنا الاجنبائية ٢٥ يناير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٥٤٤ ص ٨٧٥ للظنم .

(٤) قنا الاجنبائية ٢٥ يناير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٥٤٤ ص ٨٧٥ للظنم —

راجع النبعة السابقة هامش ٥ ص ١٨٥ .

لمركز القانونى فوق ما يحتمل ، لأن كل ذلك ملق على شرط انتقال الملكية من البائع للمشتري نهائيا ، وهذه لا تحصل فى البيع غير المسجل ^(١) .

فلا يمكن أن يقال بأن حلول الشفع محل المشتري لتنفيذ التزام البائع بالتسجيل لنقل الملكية يعطيه حق الشفعة ، الذى لا يوجد الا اذا وجد البيع ، لا أن توجد الشفعة لاتمام البيع ^(٢) .

(١١) لا تناقض ولا اضطراب فى الأخذ بهذه النظرية ، كما ذهبت الى ذلك محكمة المنصورة الجزئية (بحكمها الصادر بتاريخ ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٤) ^(٣) ، لأن مواعيد الشفعة فى هذه الحالة لا يمكن أن تبدىء الا من يوم علم الشفع بتسجيل عقد البيع ، أما علمه بالبيع قبل التسجيل فلا يترتب عليه امتداد هذه المواعيد . والقول بأن فى اعتبار تاريخ التسجيل مبدأ للطلب فى الشفعة تعارضا مع نصوص القانون فى غير محله ، لأنه يتفق كثيرا ألا يعلم الشفع بالبيع الا من التسجيل ، وفى هذه الحالة يسقط حقه فى الشفعة بمضى خمسة عشر يوما اذا لم يبد رغبته فيها ، ولا يمكنه الانتفاع بميعاد الستة الشهور ^(٤) .

٢٠٤ - رأى الدوائر المتعممة لمحكمة الاستئناف الأهلية :

أخذت محكمة الاستئناف الأهلية فى دوائرها المتعممة بالرأى الأول ، أى بجواز الشفعة ولو أن العقد لم يسجل ^(٥) .

(١) قنا الابتدائية ٢٥ يناير ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٥٤٤ ص ٨٧٥ التقدم .

(٢) استئناف مصر ١٠ يونيه سنة ١٩٢٦ التقدم .

(٣) المحاماة ٥ ص ٦٩١ .

(٤) قنا الابتدائية ٢٥ يناير ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٥٤٤ ص ٨٧٥ التقدم .

(٥) محكمة استئناف مصر بدوائرها المتعممة (أحمد طلعت باشا وحسين درويش باشا وعلى سالم بك ومحمد مصطفى بك ومحمد مظهر بك وكامل ابراهيم بك وعبد العزيز محمد بك ومصطفى حلمى بك ومحمد فريد الشافى بك وزكى برزى بك ومصطفى محمد بك وعلى عزت بك ومحمود ساسى بك وارتبى أبو العز بك ومحمود المرجوشى بك وعبد الباقى القشبرى بك) ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة ٢٩ رقم ٢١ ص ٤٦ المحاماة ٨ رقم ٢٢٧ ص ٢٩٩ الجدول العشرى الأول للمعاماة رقم ١٠٨٠ الحقوق ٢ رقم ٣٣ ص ٥٥ .

وهذه هي الأسباب التي افبنى عليها حكمها :

(١) ان نقل الملكية ليس ركنا من أركان البيع ، ولكنه أثر من آثاره ، بدليل :

١ — تعريف البيع في القانون المدني (المادة ٢٣٥) ، قد عرفه بأنه عقد يلتزم به البائع نقل ملكية المبيع الى المشتري مقابل التزام هذا الأخير بأداء الثمن الى البائع ، وقد جاء فيه أن هذا العقد يتم بمجرد الإيجاب والقبول بين الطرفين بشرائطه القانونية .

ب — جواز تطبيق نقل الملكية على شرط ، كشرط التجربة مثلا ، أو تأجيله الى أجل ، وجواز بيع أخرى قد لا يتفق فيها انتقال الملك أصلا ، كبيع الأشياء الملقق وجودها على محض الحظ والمصادفة ، أو غير ذلك من البيوع التي لا تميزها الشريعة .

(٢) ان قانون التسجيل لم ينص على بطلان العقد غير المسجل واعتباره كأن لم يوجد ، وألا تسمع أى دعوى بشأنه ، بل قضى فقط بتطبيق نقل الملكية فيه على شرط التسجيل ، فهو من ضمن العقود الملقق نقل الملكية فيها على شرط ، والجائز قانونا .

(٣) ان قانون التسجيل وان نص على أن العقد غير المسجل لا يترتب عليه الا مجرد التزامات شخصية بين المتعاقدين ، فانه لم يحدد مدى تلك الالتزامات ، ولا الطرف المتعاقد الذى تقع عليه ، وبما أنه قانون استثنائى جاء مقيدا للحرية المطلقة التي كانت للتعامل من قبل وجب الرجوع فيه الى أحكام القانون العام والى المبادئ القانونية لأجل اكال النقص أو تفسير ما أجمل .

(٤) ان التسجيل انما شرع أصلا لمصلحة المشتري ، فله أن يعمل أو لا يعمل ، فلو تعمد عدم القيام به اضرارا بالنير لما جاز له وفقا للقواعد القانونية العامة أن يتمسك بعمله هذا قبل النير ، لأن هذه القواعد لا تقرر الأعمال المنطوية على سوء النية التي يقصد منها اضرار النير .

(٥) ان المبادئ القانونية العامة لا تزال قائمة لم ينسخها قانون التسجيل ،

كما أنه لم ينسخ شيئاً من أحكام الشفعة التي من ضمنها أن حق الشفيع يسقط بسكوته مدة خمسة عشر يوماً من يوم علمه بالبيع لا من يوم التسجيل فقط . وإذا قيل بأن الشفيع لا يملك حق الشفعة إلا من تاريخ التسجيل وأن حقه لا يسقط إلا بمضي خمسة عشر يوماً من تاريخ علمه به يكون هناك تضارب وتعارض لا مفر منه في النصوص القانونية ، إذ بينما تقضى تلك النصوص بسقوط حق الشفيع بمجرد العلم تراها لا تسقطه إلا بالتسجيل ، فكأن قانون التسجيل قد أعطى الشفيع حقوقاً أزيد وأوسع بكثير مما هي مقررة له في قانون الشفعة ، على أن الشفعة بالأجماع هي من الحقوق الضيقة التي لا تقبل التوسع .

(٦) من المعلوم أن الذي حدا بالشارع الى التضييق في أحكام الشفعة ، سواء كان من جهة اللواعيد أو طرق الطعن في الأحكام التي تصدر فيها ، إنما هو حرصه على مصلحة العقار نفسه الذي هو جزء من الثروة العامة ، إذ بتقصيره أمد النزاع تستقر الملكية في يد أربابها ، وتطمئن نفوسهم من جهتها ، فيترغون لاصلاح العين وانماء ثروتها ، وعلى هذا فتعلق حق الشفعة كما جاء في بعض الأحكام على حصول التسجيل ، أو القول بتولده من يوم التسجيل فقط ، قول لا يمكن قبوله ، لأن المشتري يظل زمناً مهديداً بالشفعة إذا هو سجل ، وقد يطول أمد هذا التهديد كثيراً ، فتضعف ثقة المشتري في مستقبل عقاره ، وتقل عنايته به ، وفي هذا من الضرر العام والخاص ما لا يخفى .

(٧) ان الشفيع إنما يحل قانوناً محل المشتري في العقد في كافة ما له وعليه ، فلا خطأ في هذا من الوجهة القانونية ، كما لا ضرر في الواقع على المشتري ، وإنما الخطأ والضرر كل الضرر أن يسمح للمشتري بالتلاعب بأحكام القانون ، وأن يعطل فيه نصوصاً برمتها ، وهي النصوص الخاصة بالشفعة ، وأن يضار الغير بجواره الذي قد يكون غير مرغوب فيه والذي قد حصل عليه بصورة غير شرعية وهذا مما قد يؤدي الى اطلاق الراحة والاخلال بالأمن العام .

(٨) من الخطأ الرجوع الى أحكام الشريعة في هذا الموضوع ، لأن الشريعة وإن تكن مصدراً لأحكام الشفعة التي أخذها عنها القانون ، إلا أن

القانون نفسه قد خالف الشريعة في كثير من أحكام البيع ، ولم يقرر منع الشفعة
الا في حالات معينة ليست الحالة الحاضرة منها ، فالرجوع الى الشريعة في مثل
هذه الحالة يكون غير مقبول ، لأن الرجوع اليها انما يكون في حالة السكوت ، أما
في حالة النص الصريح فلا مساغ للرجوع ولا للاجتهاد .

٢٠٥ - استقره الأعظم :

استقرت الأحكام على رأى الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف (١) .

٢٠٦ - الشفعة تكونه عند البيع بشروط - لا يمكن استعمال

الشفعة الا بالحالة التي يكون قد حصل بها البيع وبأوصافه ومضاره والأخطار
risques التي قد تنجم عنه . فليس للشفيع أن يدعى تخلصه من شرط وارد
في عقد البيع يقضى بالزام المشتري بأن يبني في ميعاد معين منزلا للسكنى في
الأرض المباعة ، وأن يحافظ على مستوى الأرض الحالي ، والا كان جزاء
الاخلال بهذا الشرط فسخ البيع ، لأن مثل هذا الشرط ليس فيه شيء غير
عادي ، ولا يوجد فيه ما يحمل على اعتباره وسيلة تدليسية لمنع استعمال حق

(١) راجع : التصورة الابتدائية ٢١ أكتوبر سنة ١٩٣٠ (دائرة أمين زكي بك
والقاضي ابراهيم لطفي والقاضي عبد الله محمد عمار) المحاماة ١١ رقم ١٥٩ ص ٢٨٧ ، وقد
جاء فيه : ان قانون التسجيل لم ينسخ شيئا من المبادئ العامة ، ولتلك يجب الرجوع اليها
ما دام أن هذا القانون لم يبين مدى الالتزامات التي ذكرها في المادة الأولى منه ، ولا أى
طرف من المتعاقدين تقع عليه . وبناء على ما قضت به دوائر محكمة الاستئناف مجتمعة في ٣
ديسمبر سنة ١٩٢٧ يسقط حق الشفيع بمضى خمسة عشر يوما من تاريخ علمه بالبيع لا من
يوم التسجيل فقط .

وراجع استئناف مصر الأهلية ٢ ابريل سنة ١٩٣٠ (دائرة مصطفى محمد بك ومحمود على
سرور بك وسليمان السيد بك) المحاماة ١٠ رقم ٣٥٤ ص ٧١٣ الجدول المصغر الأول
للمعاماة رقم ١٠٨٢ ، وقد قرر : ان رفع دعوى الشفعة من شخص ، ثم التنازل عنها ،
ومشتري الشفيع الفار بعد ذلك ، وتسجيل عقده قبل تسجيل القيد محل دعوى الشفعة ، يجعل
لهذا القيد قيمته القانونية ، بخلاف القيد الذي لم يسجل ، لأنه لم يتحل للملكية . ولا يثير طلب
الشفعة والتنازل عنها بعد ذلك من جوهر النزاع ، وهو معرفة قيمة كل عقد على حدته .

الشفعة (١).

وقد حكم بأنه لا يقبل من الشفيع الطلب الذي يقدمه تحت شرط أن يستبعد مقدما احتمال رفع دعوى استحقاق عن الأراضى البيعة (٢).

٢٠٧ - **الأخذ بالشفعة لا يعتبر بيعا** - يتحدد حق الشفعة عند كل انتقال للملكية ، الا اذا استبعد لسبب مسقط ، كما اذا ظهر عدم تحقق شرط الجوار (٣) . ولكن طالب الشفعة الذي أظهر رغبته في الأخذ بها ، وسقط عنه هذا الحق ، ليس له أن يطالب بالشفعة ، مدعيا أن الشفعة التي أجراها طالب آخر فيما بعد تعتبر بيعا جديدا يخوله حق شفعة جديد ، لأن الشفعة لا يمكن بحال تشييدها ببيع جديد ، ولا يمكن التسليم بأنه في الوقت الذي تم فيه الشفعة لشخص تصح الشفعة من هذا الشفيع (٤) .

٢٠٨ - **لا يمنع الشفعة كونه الشفيع سبوا أنه تملك العقار المتفروع** - لا يمنع من الأخذ بالشفعة أن الشفيع كان فيما مضى مالكا للعقار للبيع ، سواء أكان البائع هو المشتري منه ، أو كان أحد من تلقوا الحق عنه ayants cause ، اذا توافرت في طالب الشفعة الشروط القانونية (٥) .

البيع الصحيحة التي لا تقع فيها الشفعة

٢٠٩ - ذكر قانون الشفعة ثلاثة أنواع من البيع لا تصح فيها الشفعة في المبيع ، وهي :

(١) البيع بالمزايدة .

(١) استئناف مخطط ١٦ ديسمبر ١٩٠٩ (٢٢ من ٥٦) .

(٢) استئناف مخطط ٢٧ فبراير ١٩١٣ (٢٥ من ٢٠٢) - راجع أيضا ٢٠

أبريل ١٩٠٥ (١٧ من ٢٢٤) .

(٣) استئناف مخطط ٣ فبراير ١٩٠١ (١٣ من ١٠٠) .

(٤) استئناف مخطط ١٢ ديسمبر ١٩٠١ (١٤ من ٤٩) .

(٥) استئناف مخطط ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٧ (١٩ من ٢٢٣) .

(٢) البيع لبعض الأقارب .

(٣) ما يبيع لجملة محل عبادة .

(١) البيع بالمزايدة

٢١٠ - النص القرىم - كانت المادة ١٠٠ من المجموعة المدنية

المختلطة تنص على أنه « يبطل حق الشفعة متى كان البيع واقعا على يد محكمة » . وكانت المادة ٧٤ من المجموعة المدنية الأهلية ، القابلة للمادة ١٠٠ مختلط ، تنص أيضا على أنه « يبطل حق الشفعة متى كان البيع قهريا على يد محكمة ، انما يجب على من طلب اجراء ذلك البيع أن يعلن ، قبل البيع بخمسة عشر يوما ، الى من يسوغ له التمسك بحق الشفعة لو كان البيع اختياريا ، ورقة بأشعاره يوم المزايدة ، ولا يكون للمعلن اليه المذكور مع ذلك امتياز أو تقدم على غيره » .

وتجب هنا المقارنة بالمادة ٧١٩ من مجموعة المرافعات المختلطة التي جاء فيها « في جميع أحوال البيع المتقدم ذكرها (أى البيع بالمحكمة) لا تجوز الشفعة للشريك أو الجار الا اذا طلبت في حال انقضاء جلسة البيع بالمزاد ، بشرط ايداع مقدار المصاريف والتمن بتمامه من أصل وملحقات في الحال » . ولا مقابل لهذه المادة في مجموعة المرافعات الأهلية ، ونصها مناقض لنص المادة ٣ فقرة أولى من قانون الشفعة الجديد ، ولذلك نص هذا القانون ، في المادة ٢٣ منه ، على الغائها .

٢١١ - نص قانونه الشفعة - نصت الفقرة الأولى من المادة ٣ من

قانون الشفعة على أنه :

« Il n'y a pas lieu à préemption si la vente est faite aux enchères publiques par autorité administrative ou en justice par voie de licitation ou d'expropriation » .

« لا شفعة فيما يبيع بالمزايدة لعدم إمكان القسمة بين الشركاء عينا أو لنزع الملكية قهرا أمام إحدى جهات الإدارة أو القضاء » .

والمعنى الظاهر لهذا النص هو عدم جواز الشفعة فيما يبيع أمام إحدى جهات

الادارة أو القضاء بالمزاد العلني : لعدم امكان القسمة بين الشركاء عينا ، أو لنزع الملكية قهرا .

٢١٢ - تعارضه الإطعام - وقد تعارضت أحكام المحاكم بشأن

هذا النص :

(١) فرأت بعض المحاكم^(١) أنه إذا أخذ بالمعنى الظاهر كان النص على البيع بمعرفة الادارة لغوا لا معنى له ، لأنه لا توجد حالة من الحالتين المذكورتين في المادة ٣ مقرر أولى تتولى فيها الجهات الادارية البيع ، بل ان الجهات القضائية هي المختصة باجراء البيع في هاتين الحالتين . ولكن بالرجموع الى النص الفرنسى يتضح أنه اقتضى حالتين منفصلتين احدهما عن الأخرى تمام الانفصال : أولاها حالة البيع الذى يحصل بالمزاد العام بواسطة الادارة ، والثانية حالة البيع الذى يحصل أمام القضاء لعدم امكان القسمة بين الشركاء أو لنزع الملكية قهرا (بواسطة الدائنين) . فاذا باعت احدى الجهات الادارية عقارا مملوكا لها بواسطة المزاد العلني فلا يكون لأحد حق فى أن يشفع فيه . وبما أن قانون الشفعة الخاص بالمحاكم الأهلية قمل بحروفه عن قانون الشفعة الخاص بالمحاكم المختلطة الصادر قبله ، فيكون قد قمل أولا عن الفرنسية ، ثم ترجم الى العربية ، ويكون النص الواجب الأخذ به واعتباره هو النص الفرنسى ، وخصوصا أنه هو المتفق مع المقول والطابق لفرض الشارع^(٢) .

(١) أسبوط الابتدائية ، حكم استئناف ، ٢٩ يناير ١٩٢١ (دائرة محمد عبد الهادى الجندي بك والقاضى عبد الله محمد والقاضى محمد شركس) المجموعة ٢٢ رقم ١٢١ من ٢١١ الحقوق ٣٧ رقم ٧٠ من ٨٨ ، الحاماة ١ رقم ٩٨ من ٤٨٥ الجدول العشري الأول للحمارة رقم ١٠٠٣ .

(٢) راجع ايضا استئناف مصر الأهلية (دائرة أحمد موسى باشا ومتركرشو ومتولى غنيم بك) ١٢ فبراير ١٩٢٢ المجموعة ٢٥ رقم ٧٥ من ١٣٢ — استئناف مختلط ١٨ يونيو ١٩٠٨ (٢٠ من ٢٠٢) ، ١٨ فبراير ١٩٠٩ (٢١ من ٢٠٣) — قارن فتحى زغلول باشا من ٨٣ — دى هلنس ٢٥ .

(٢) وقد أخذت محكمة مصر الابتدائية^(١) بعكس هذا الرأي ، مقررّة أن النص الفرنسي للمادة ٣ ترجمته حرفيا كما يأتي « لا محل للشفعة اذا حصل البيع بالازاد العموى من السلطة الادارية أو أمام القضاء لعدم امكان القسمة أو لتزع الملكية » . ولاشئ في هذا النص يمنع أن العبارة الأخيرة ، وهى « لعدم امكان القسمة أو لتزع الملكية » ، ترجع الى البيع أمام السلطة الادارية أو أمام القضاء على السواء . والقول بأنه لا توجد حالة يحصل فيها بيع أمام السلطة الادارية لأحد هذين السببين غير صحيح ، لأن الجهات الادارية تنفذ أحكام النفقات الصادرة من المحاكم الشرعية ، كما أنها تنزع ملكية العقارات لسداد الأموال . وأضافت محكمة مصر الابتدائية أنه حتى مع اقتراض وجود خلاف بين النص الفرنسي والنص العربى فإن النص العربى وحده هو الواجب التنفيذ أمام المحاكم الأهلية ، لأنه هو الذى عرض على مجلس شورى القوانين ، وتناقش فيه وصدق عليه ، وهو الذى صدر القانون به فعلا ، وكلف الناس باتباعه ، فلا يمكن ترك القانون والرجوع الى نصوص ربما وجدت أمام الشارع ولكنه لم يصدرها بالفعل ، كما أنه ليس من العدل ولا من النظام مؤاخذة الناس بنصوص خفية وغير رسمية وخارجة عن القانون وتناقض نصوصه ولم تنشر على الناس ولم ينهوا اليها بأى طريق من الطرق المعروفة فى القوانين ، وانما يمكن الرجوع الى النص الفرنسى ، اذا كان النص العربى غامضا ، لتفسيره ولمعرفة المعنى الحقيقى الذى يرمى اليه ، ولكن اذا تناقض النصان فلا يمكن اهمال النص العربى والأخذ بالنص الفرنسى ، لأن معنى ذلك الغاء القانون الذى صدر فعلا والعمل بنصوص لم يصدر بها قانون .

٢١٣ — رأينا — اذا قارنا النص العربى بالفرنسى نرى أن النص

(١) ٣٠ يناير ١٩٢٩ (دائرة على زكى الرايى بك وعفنى عفت بك والقاضى عبد الفتاح البصرى) المجلد ٩ رقم ٣٢٩ ص ٥٣٩ المجلد العشرى الأول للسطامة رقم ١٠١٢ ، المجلد ٣٠ ص ١٧١ رقم ٧٢ .

العربي صريح في أنه لا شفعة في البيع بالمزايدة ، سواء أحصل أمام إحدى جهات الادارة أم أمام إحدى جهات القضاء ، وذلك في حالتين :

(١) حالة عدم امكان القسمة بين الشركاء عينا .

(ب) حالة نزاع الملكية القهرى .

أما النص الفرنسى فيحتل تفسيرين :

(١) قد يفيد ما يفيد النص العربى تماما ، مع هذا الفرق فى الصياغة ، وهو أنه ذكر حالتى البيع بالمزاد العلنى فى آخر الفقرة ، بدل ذكرهما فى أولها كما فعل النص العربى .

(٢) يمكن أن يفسر النص الفرنسى بأنه لا يجوز شفعة المبيع بالمزاد :

(١) أمام جهات الادارة اطلاقا ، أى فى جميع الأحوال .

(ب) أمام جهات القضاء فى الحالتين المنصوص عليهما (وهما عدم امكان القسمة بين الشركاء عينا ونزع الملكية قهرا) .

قد اعترض على التفسير الأول بأن النص على البيع بالمزاد أمام جهة الادارة يصبح لنفا ، لأن الادارة لا تتولى البيع فى الحالتين المذكورتين فى المادة بل ان الجهة القضائية هى المختصة وحدها بالبيع فيها . ورد على ذلك بأنه توجد حالات تتولى فيها الجهات الادارية نزاع ملكية بعض العقارات وبمها بالمزاد كما تقدم .

ولكن أى التفسيرين يجب العمل به ؟ .

نرى أنه يجب العمل بالتفسير الثانى ، أى عدم جواز الشفعة : (١) فى البيع الحاصل أمام جهات الادارة فى جميع الأحوال التى يحصل فيها البيع بالمزايدة أمامها ، و (ب) فى البيع الحاصل أمام جهات القضاء فى الحالتين المنصوص عليهما ، وهما عدم امكان القسمة بين الشركاء عينا ونزع الملكية قهرا . فالظاهر من النص الفرنسى أن الشارع لم يرد تقييد حالات البيع بالمزايدة ، وإنما نص على الحالتين المذكورتين فى الفقرة الأولى من المادة ٣ بالنسبة لجهات القضاء ، وهما الحالتان اللتان يكون فيهما البيع بالمزاد العلنى أمام هذه الجهات . والأخذ بهذا

الرأى يتفق مع قواعد الشفعة التى يجب عدم التوسع فى حالاتها .
وعندنا أنه وقد تعارض النصاب العربى والفرنسى يجب العمل بالنص
الفرنسى ، لأنه الأصل فى قانون الشفعة ، وقد وضع هذا القانون باللغة الفرنسية ،
وصدر أولا بالنسبة للمحاكم المختلطة ، ثم ترجم ، وصدر بعد ذلك بالنسبة للمحاكم
الأهلية . ولم يطرح هذا القانون للمناقشة أمام مجلس شورى القوانين كما ذكر
ذلك خطأ فى حكم محكمة مصر الابتدائية الصادر فى ٣٠ يناير سنة ١٩٢٩ السابق
الإشارة اليه ^(١) .

وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية ، تطبيقاً للرأى الذى قلنا بتوجيهه ،
بأن الشارع منع الشفعة فيما يباع بالزاد العلنى أمام إحدى جهات الإدارة ، ومن
ثم فلا شفعة فيما يباع من الأطنان بالزاد العلنى من مصلحة الأملاك الأميرية ^(٢) .
٢١٤ — ويلاحظ أنه فى حالة البيع بالزاد العام أمام إحدى جهات
الإدارة لا شفعة فى حالة البيوع التى تقوم بها الإدارة ، سواء أكانت بالنسبة
للعقارات التى هى من الأملاك الخاصة للدولة ^(٣) ، أم بالنسبة للعقارات المملوكة
للأفراد والتى تحجزها الحكومة وتبيعها بالزاد لاستيفاء الأموال ونحوها ^(٤) .

(١) من رأى الأستاذ زكى الرايز بك وجوب اتباع النص العربى — وإن كان النص
الفرنسى هو الأصل — لأن نص الشارع — وهو الذى وضع القانون فى الأصل باللغة
الفرنسية — أمر بأن نعتبر النص العربى هو الأصل والفرنسى الترجمة (نبذة ٢٤ ص ٢١) .

(٢) استئناف مصر ١٢ فبراير ١٩٢٣ دائرة أحمد موسى باشا ومستر كرشو ومتولى
غنيم بك (المجموعة ٢٥ رقم ٧٥ ص ١٣٢) .

(٣) أسيوط الابتدائية ٢٩ يناير ١٩٢١ المتقدم (المجموعة ٢٢ رقم ١٣١
ص ٢١١) .

(٤) استئناف مخطوط ٢٣ ديسمبر ١٩١٩ (٣٢ ص ٧٩) ، ١١ يناير ١٩٢١ (٣٣
ص ١٣١) .

قارن رأى الأستاذ عبد السلام ذهنى بك الذى يرى أن للادة ٣ مقصورة على البيع الذى
يحصل بالزاد بمعرفة الإدارة عن أملاك الحكومة الخاصة ، وأن النص العربى يوم بأن الزاد
يحصل بواسطة السلطة الإدارية عن عقارات الأفراد قهراً أو رغبة ، وهذا غير صحيح ، وعلى
ذلك يجب الأخذ بالنص الفرنسى (نبذة ٥٢٩ ص ٧٤١) .

٢١٥ - المحكم من استثناء المبيع بالمزايدة - السبب في الاستثناء

واضح ، وهو أن الذى يريد الأخذ بالشفعة ما عليه الا الحضور فى جلسة المزايدة .

يضاف الى ذلك ما جاء فى حكم محكمة مصر الابتدائية^(١) ، وهو حرص المشرع على أن يباع العقار المبيع جبراً بأعلى ثمن ممكن ، ومنع الشفعة موصل الى هذا الغرض ، فان اباحة الشفعة تهدد المشترين وتقدم عن المزايدة ، فضلا عن أن منعها يلزم الشفع بالزيادة على الراسى عليه المزاد .

٢١٦ - معنى المزايدة - المزايدة التى يقصدها القانون هى المزايدة

العلنية التى تحصل بالنداء بالأثمان ، حتى يتمكن الشفع من الدخول فى المزايدة ومن متابعة الزيادة الى أن يرسو عليه المزاد .

أما المزادات التى تعطى داخل مظاريف ، ولا يعرف كل مقدار ما عرضه الآخر فلا تعتبر علنية ، بل هى مزادات سرية لا تمنع شفعة ، ويمكن القول بأنه فى مثل هذه الحالة لا توجد مزايدة بالمرة ، وانما يوجد مجرد تقديم عطاءات^(٢) .

وقد حكم بأن البيع بالمزاد أمام احدى جهات الادارة الذى لا يخول الحق فى الشفعة هو البيع الذى يحصل بناء على الاجراء المنصوص عليه فى دكرى ٢٥ مارس سنة ١٨٨٠ ودكرى ١٦ مارس سنة ١٩٠٠ للوصول بطريق نزاع الملكية

(١) مصر الابتدائية الأهلية ٣٠ يناير ١٩٢٩ (دائرة على زكى الراى بك وعفيف عفت بك والفاضى عبد الفتاح البصرى) الهامة ٩ رقم ٣٢٩ ص ٥٣٩ الجدول العشرى الأول للحمادة رقم ١٠١٢ المجموعة ٣٠ ص ١٧١ .

(٢) مصر الابتدائية ٣٠ يناير ١٩٢٩ المجموعة ٣٠ رقم ٧٢ ص ١٧١ - أسيوط الابتدائية ٢٩ يناير ١٩٢١ المتقدم (المجموعة ٢٢ رقم ١٣١ ص ٢١١) .

راجع أيضا استئناف مخطط ١٨ فبراير ١٩٠٩ (٢١ ص ٢٠٢) ، ١٨ مايو ١٩٢٦ (٣٨ ص ٤١٤) .

قبرا الى الحصول على الأموال المتأخرة ، وليس بيع العقارات الخاصة المملوكة للحكومة الذى يحصل بطريق العطاء داخل مظلوف مختوم بناء على اعلان للجمهور ، وهما لشروط المنشور الوزارى المؤرخ فى ٢١ أغسطس سنة ١٩٠٢ ، فان هذا البيع ، ولو أنه حاصل بالطريق الادارى ، فان ذلك لا ينفى أنه بيع اختيارى ولا يصير تاما الا اذا وافقت الحكومة عليه ^(١) .

وحكم بأن البيع الذى تقدمه الحكومة مع المشفوع منه بطريقة ودية من غير اجراءات الزاد يعطى الحق فى طلب الشفعة لمصلحة الجار الذى يثبت توافر شروطها ، ولا يمنحها أن المشفوع منه كان استأجر الأراضى المبيعة له لزراعتها ^(٢) .

٢١٧ - والبيع بالزاد العلنى الذى يجزبه الأفراد لا يمنع من الشفعة ، اذ لا تتوافر فيه كل الضمانات التى توجد فى البيع الحاصل أمام جهات القضاء أو الادارة .

٢١٨ - ماهية الرفع بأنه العين المطاوعة شفعتها بيعت بالمزايرة

العلنية - الدفع بأن لا شفعة فيما بيع بالمزايدة ليس دفعا يتعلق بشكل الدعوى ، بل هو خاص بأصل الحق ، فيجوز ابداءه فى أية حالة كانت عليها الدعوى ^(٣) .

٢١٩ - عدم التوسع فى النص - يجب قصر نص الفقرة الأولى من المادة الثالثة على الحالة المنصوص عليها فيها صراحة ^(١) .

(٢) البيع لبعض الأقارب

٢٢٠ - جاء فى الفقرة الثانية من المادة الثالثة من قانون الشفعة :

(١) استئناف مختلط ١٨ يونيو ١٩٠٨ (٢٠ ص ٢٨٠) .

(٢) استئناف مختلط ٢٥ مارس ١٩٢٤ (٣٦ ص ٢٧٧) .

(٣) استئناف مصر ١٢ فبراير ١٩٢٣ المنظم (المجموعة ٢٥ رقم ٧٥ ص ١٣٢) .

(٤) استئناف مختلط ١٨ فبراير ١٩٠٩ (٢١ ص ٢٠٢) .

«Il en est de même s'il s'agit de vente entre ascendants et descendants, entre mari et femme ou entre parents jusqu'au troisième degré».

« وكذلك لا شفعة فيما بيع من الأصول لقروهم وبالعكس ، ولا فيما بيع من أحد الزوجين ، أو من المالك لأحد أقاربه لغاية الدرجة الثالثة ^(١) » .

٢٢١ - الأصول والفروع - ينطبق حكم الفقرة على كل البيوع التي تقع بين الأصول والفروع ، سواء أكان الأصل أم الفرع هو البائع ، كما هو ظاهر من النص .

وتنطبق الفقرة مهما كانت الدرجة بين الأصل والفرع . فلا شفعة إذا باع شخص عقاره لابنه أو لابن ابنه أو لابن ابن ابنه وان نزل ، أو إذا باعه لأبيه أو لجده وان علا .

وحكم المادة يسرى أيضا ، كما قررت محكمة الاستئناف ^(٢) ، في الحالة التي يكون فيها المشتري والشفعي كلاهما من أولاد البائع ، فإن هذا النص إنما جاء في قانون الشفعة ، لأن مثل هذا النوع من البيع ان لم يكن في الحقيقة هبة فقيه محابة لا يصح أن يستفيد منها الا الشخص المقصود بها دون غيره مهما كانت درجة قرابته من المتعاقدين . وليست المحكمة منه بمنع الأجنبي من تملك ما أراد الأصل أن يملكه لفرعه .

٢٢٢ - عدم التوسع في النص - لا يصح التوسع في تفسير الفقرة الثانية من المادة الثالثة من قانون الشفعة ، بل يجب قصرها على الحالة التي تنص عليها فقط ^(٣) .

فلا تنطبق على حالة البيع من الأب لزوجته ابنة ، ولا من الأم لزوج ابنتها

(١) راجع مصر ٢٩ أكتوبر ١٩٠٣ الاستقلال ٢ ص ٢٨٧ .

(٢) استئناف ٨ أبريل ١٩٠٦ (دائرة سعد زغلول بك ومستر ألتون ومستر سانو)
المجموعة ٧ رقم ٩٩ ص ٢٠٢ الحقوق ٢١ ص ٣٥١ .

(٣) استئناف مختلط ٣١ ديسمبر ١٩١٤ (٢٧ ص ١٠٠) .

الح ، لأن الفقرة المذكورة نصت على البيع الذى يحصل بين الأصول والفروع
قط ، ولم تنص على أزواج الأصول وأزواج الفروع ، كما فلت اللادتان ١٥٥
٢١٧ ، ٢١٨/١٥٦ الخالصتان بالنفقات (١) .

٢٢٣ - الأقارب Parents - الأقارب الذين تنص عليهم الفقرة
الثانية من المادة الثالثة من قانون الشفعة هم غير الفروع والأصول ، لأن هؤلاء
غير مقيدين بدرجات ، وقد نص عليهم خصيصا . فلا تجوز الشفعة فيما يباع
للفروع من الأصول مهما كانت الدرجة كما تقدم . بخلاف الأقارب ،
كالأخوات ، والأخوال ، والأعمام ، وأولاد العم والخال ، وأولاد الأخوات ،
فإن الشفعة لا تجوز إذا كان البيع لأحد الأقارب لفاية الدرجة الثالثة ، وتجوز
إذا كانت درجة القرابة أكثر من ذلك .

وتحسب درجة القرابة بحسب الطريقة المرسومة فى المادة ٢٤٠ مرافعات ،
التي جاء فيها : « ويكون احتساب الدرجات على حسب طبقات الأصول طبقة
طبقة الى الجد الأصلى بدون دخول الفاية ، وعلى حسب طبقات الفروع طبقة
طبقة ... بدخول الفاية » . وهذا النص وان كان قد ورد بصدد حالة
معينة ، وهى حالة رد أهل الخبرة ، فإنه يتضمن القاعدة العامة التي أرادها
الشارع المصرى فى احتساب الدرجات ، ولا يعدل عنها الا عند النص على
ما يخالفها فى القانون (٢) .

وقد حكم بأن البيع الذى يصدر من أخ لأخيه أو لأولاد أخيه لا تقبل
فيه شفعة ، لأن الأخ يعتبر من الدرجة الثانية وابن الأخ من الدرجة الثالثة (٣) .
وأولاد العم وأولاد العم يعتبرون من الدرجة الثالثة ، فلا يسرى عليهم
حق الشفعة من التبر ، فالأصل الذى يجتمع فيه ابن العم بالبائع له هو الجد ،

(١) دى هلنس نيقة ٢٣ .

(٢) ذكرنس الجزئية (القاضى محمد جلال صادق) ١٣ أكتوبر ١٩٢٥ المحاماة رقم
٤٠٦ ص ٦٦٠ الجدول المصرى الأول للمحاماة رقم ١٠٠٧ .

(٣) سوهاج (القاضى محمود علام) ٢٧ يناير ١٩٢٣ المحاماة رقم ٣ رقم ١٢٨ ص ١٨١
الجدول المصرى الأول للمحاماة رقم ١٠٠٤ .

فيحسب من البائع لأبيه درجة ، ومن أبيه لعمه درجة ثانية ، لأن الجلد وهو الغاية في الأصول لا يدخل ، ومن العم لابنه درجة ثالثة ^(١) .

٢٢٤ - المحكمة منه استثناء البيع للمؤقارب - المحكمة في منع الشفعة فيما بيع للأقارب أن البيع في هذه الحالة شبه هبة مستورة ، ولا يجبر الواهب على هبة شيء من أمواله على غير إرادته . فإذا بيع لقریب لا يصح لقریب آخر أن يشفع ، ولو كان على درجة واحدة في القرابة مع المشتري . وقد حكم بأنه إذا كان الشفع قريبا للبائع (لأنه ابن خالته) فلا تجوز شفيعته إذا كان البيع صادرا لابن العم ، ولو أنهما على درجة واحدة من القرابة ، أى الدرجة الثالثة للسبب المتقدم ^(٢) .

٢٢٥ - اختصاص المحكمة المطروح أمامها دعوى الشفعة بنظر النزاع في القرابة - قضت محكمة طهطا بأن القرابة المانعة من الشفعة مسألة مدنية متفرعة من دعوى الشفعة ، وتدخل في صميم اختصاص المحكمة المنظورة أمامها دعوى الشفعة ، احتراما للمبدأ القائل بأن قاضي الأصل هو قاضي الفرع ، والقول بنير هذا الرأي يترتب عليه أنه كلما عرضت مسألة القرابة في قضية من القضايا التي لا يمكن الفصل فيها لإثباتها ، كدعوى رد الخبراء ورد القضاة ورد الشهود ، وجب على القضاء أن يقف الدعوى حتى يفصل من قضاء الأحوال الشخصية فيها ، وهو ما لا يمكن التسليم به ، وفيه اعتداء على سلطة القضاء العادى من جهة ، وتعطيل لمصالح المتقاضين من جهة أخرى . وقد يكونون تابعين

= هكذا جاء في الحكم . ولكن بتطبيق القاعدة المتقدمة يظهر أن الأخ يعتبر من الدرجة الأولى ، وابن الأخ من الدرجة الثانية .

(١) دكرنس الجزئية (القاضي محمد جلال صادق) ١٣ أكتوبر ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٤٠٦ ص ٦٦٠ ميت عمر الجزئية (القاضي فهم إبراهيم عوض) ٣١ مايو ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٥٤٩ ص ٨٨٣ الجدول المسمى الأول للمحاماة رقم ١٠٠٩ .

(٢) ميت عمر الجزئية (القاضي فهم إبراهيم عوض) ٣١ مايو ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٥٤٩ ص ٨٨٣ .

لطوائف مختلفة ، ولهم في أحوالهم الشخصية هيئات مختلفة ^(١) .
وأضافت المحكمة المذكورة أن القرار الصادر من المجالس المليية بنفى القرابة بين البائع والمشتري لا يقيد المحكمة عند نظر دعوى الشفعة في اثبات هذه القرابة بما يقدم لديها من الأدلة . فالمجالس المليية إنما تستمد وجودها من الخطط المايوني الصادر في فبراير سنة ١٨٥٦ والمادة ١١ من القانون الأساسي للدولة العثمانية ، وواضح لها أن اختصاصها ينحصر في المسائل المتعلقة بالدين من زواج وطلاق وشفقة وما أشبه ، وهو اختصاص استثنائي لا يصح القياس عليه ، كما لا يصح التوسع فيه بطريق التأويل أو التفسير . وإذا تجاوزت هذه الهيئات حدود الاختصاص المرسومة لها فقدت كل أهلية للقضاء ، ولذلك كانت قراراتها دائماً محلاً للفحص والتحقيق ^(٢) .

٢٢٦ - الأَصْهار (alliés) - يجب كما تقدم علم التوسع في تفسير الفقرة الثانية من المادة ٣ ، فلا تنطبق هذه الفقرة على الأصهار ^(٣) .

٢٢٧ - القرابة وعزم تجزئة الشفعة - حكم بأنه إذا بيعت عين لمدة أشخاص على الشيوع بينهم ، وكان بعضهم من أصول البائع أو من فروعه أو من أقاربه لغاية الدرجة الثالثة ، فانضمت الشفعة بالنسبة إليهم ، فانها تبطل بالنسبة إلى الباقين ، لأن حق الشفعة يتصادم في هذه الحالة مع نص المادة ١١ من قانون الشفعة الذي نص على أنه إذا بيع العقار لمدة أشخاص مشاعاً بينهم فلا تجوز الشفعة إلا فيه بتمامه ^(٤) .

(١) طهطا الجزئية (القاضي عبد العظيم الشنقيري) ٧ نوفمبر ١٩٢٧ المحاماة ١٠ رقم ٣٨٥ ص ٧٧٣ الجدول المصري الأول للمحاماة رقم ١٠١٣ .

(٢) حكم طهطا الجزئية للمقدم .

راجع استئناف مخطط ٩ فبراير ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٣٧١ ص ٥٦٦ - استئناف أهلي ١٤ يونيو ١٩٠٨ المجموعة ١٠ رقم ٢١ ص ٤٧ .

(٣) راجع استئناف مخطط ٣١ ديسمبر ١٩١٤ (٢٧ ص ١٠٠) .

(٤) سوهاج الجزئية (القاضي محمود علام) ٢٧ يناير ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ١٢٨ ص ١٨١ .

(٣) ما يبيع ليجعل محل عبادة

٢٢٨ — نص المادة ٦ على أنه :

« La préemption n'est pas non plus admise si l'immeuble vendu est destiné à l'exercice d'un culte ou doit être annexé à un immeuble déjà affecté à cet usage. »

« لا شفعة فيما يبيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق به . »

وليس النص قاصرا على محال العبادة الخاصة بالديانة الاسلامية ، كالساجد ، بل ينطبق أيضا على محال العبادة الخاصة بالديانات الأخرى الموجودة بمصر ، كالكنائس .

ولا ينطبق على المستشفيات والملاجئ والتكايا والمدارس ، لأنها ليست محال عبادة ولا ملحقه بها ^(١) .

الأمالك المعطاة للموظفين بدل المعاش

٢٢٩ — حكمت محكمة الاستئناف المختلطة ^(٢) بأن لا شفعة فيما تتنازل عنه الحكومة من أملاكها الحرة لموظفيها السابقين بدلا عما يستحقونه من المعاش ، لأن حق الشفعة لا يجوز التوسع فيه .

ولكن الظاهر أن هذا التنازل هو بيع بكل معانيه ، وتصح فيه الشفعة ^(٣) .

(١) دى هلنس نبذة ٢٤ — الرأى بك نبذة ٢٧ ص ٢٣ .

(٢) ١٨ ابريل ١٨٩١ (٣ ص ٢٨٦) .

(٣) راجع زكى الرأى بك نبذة ٢٩ ص ٢٤ — ٢٥ .

عكس هذا الرأى : ذهب بك « الأموال » نبذة ١٨٨ هامش ١ ، فن رأيه أن القدر الذى تتنازل فيه الحكومة عن أراض لموظف محال على المعاش مقابل ما يستحقه من المعاش هو عقد خاص مستقل بذاته sui generis ، ولا يعتبر عقد بيع ، إنما تحرب من البيع والبذل والقدر الاحتيالى ، ولا تجوز فيه الشفعة .

راجع أيضا ما تقدم .

المال الذى تجوز فيه الشفعة

فى الشريعة الاسلاميه

٢٣٠ — اتفق الفقهاء على أن الشفعة واجبة فى الدور والعقار والأرضين كلها . واختلفوا فيما سوى ذلك .

وقهء الأمصار على أن لا شفعة الا فى العقار قط . وحكى عند قوم أن الشفعة فى كل شئ ، ما عدا المسكيل والموزون ^(١) .

٢٣١ — **مذهب المالكية** — تحصيل مذهب مالك أن الشفعة فى ثلاثة أنواع : أحدها مقصود ، وهو العقار من الدور والحوانيت والبساتين . والثانى ما يتعلق بالعقار مما هو ثابت لا ينقل ولا يحول ، وذلك كالبنر ومحال النخل ، ما دام الأصل فيها على صفة تجب فيها الشفعة عنه ، وهو أن يكون الأصل الذى هو الأرض مشاعا بينه وبين شريكه غير مقسوم . والثالث ما تعلق بهذه ، كالثمار ، وفيها عنه خلاف . واختلف عنه فى الشفعة فى الحمام والرحا . وأما ما عدا هذا من العروض والحيوان فلا شفعة فيها عنده . وكذلك لا شفعة عنده فى الطريق ، ولا فى عرصه الدار . واختلف عنه فى الدين ، هل يكون الذى عليه الدين أحق به ؟ وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فى الدين . وبه قال أشهب من أصحاب مالك . وقال ابن القاسم لا شفعة فى الدين ^(٢) .

٢٣٢ — **مذهب الشافعية** — تجب الشفعة فى العقار ، لما روى جابر قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة فى كل شرك لم يقسم ربة أو حائط لا يحل له أن يبيعه حتى يؤذن شريكه ، فان شاء أخذ ، وان شاء ترك ، فان

(١) بداية المجتهد ٢ ص ٢٤٣ .

(٢) بداية المجتهد ٢ ص ٢٤٣ .

باعه ولم يؤذنه فهو أحق به . ولأن الضرر في العقار يتأبد من جهة الشريك فثبتت فيه الشفعة لازالة الضرر .

وأما غير العقار من المتقولات فلا شفعة فيه ، لما روى جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا شفعة الا في ربة أو حائط . وأما البناء والغراس فانه ان بيع مع الأرض ثبتت فيه الشفعة ، لما روى جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من كان له شريك في ربيع أو نخل فليس له أن يبيع حتى يؤذن شريكه » ، لأنه ينقل ويحول ، فلم تثبت فيه الشفعة ^(١) .

وان بيع الزرع مع الأرض ، أو الثمرة الظاهرة مع الأصل ، لم تؤخذ مع الأصل بالشفعة ، لأنه منقول ، فلم يؤخذ مع الأرض بالشفعة ، كثيران الضيقة . فان بيع وفيه ثمرة غير مؤبرة فقيه قولان ، أحدهما تؤخذ الثمرة مع الأصل بالشفعة ، لأنها تبعت الأصل في البيع فأخذت معه بالشفعة كالغراس ، والثاني لا تؤخذ لأنه منقول فلم تؤخذ مع الأصل ، كالزرع والثمرة الظاهرة ^(٢) .

٢٣٣ — مذهب الحنفية — يشترط أن يكون المبيع عقارا أو ما هو بمعناه ، وهو العلو ^(٣) . فان كان غير ذلك فلا شفعة فيه . وسواء كان العقار مما

(١) المذهب الجزء الأول ص ٣٨٠ .

واختلف الشافعية في النخل اذا بيعت مع اقرارها مفردة عما يتخللها من يابس الأرض ، فمنهم من قال ثبتت فيها الشفعة لأنها فرع تابع لأصل ثابت . ومنهم من قال لا شفعة فيها ، لأن القرار تابع لها ، فاذا لم تجب الشفعة فيها اذا بيعت مفردة لم تجب فيها وفي تبعها (المذهب ١ ص ٣٨٠) .

(٢) المذهب الجزء الأول ص ٣٨٠ .

(٣) مرشد الحيران للمادة ١٠٦ : يشترط في البيع التي ثبتت فيه الشفعة أن يكون عقارا ولو غير قابل للقسمة . . . ولا فرق في العقارين أن يكون دارا أو حانوتا أو أرضا أو كرما أو علوا أو سفلا .

يحتمل القسمة أو لا يحتملها ، كالحمام والرحا والبئر^(١) والنهر والمين والطريق والبور الصغار ، وهذا خلافا للشافعى الذى يقول بعدم وجوب الشفعة الا فى عقار يحتمل القسمة^(٢) . وسبب الخلاف أن الشفعة عند الحنفية وجبت معلولة بدفع ضرر الدخيل وأداء على سبيل اللزوم ، وذلك يوجد فيما يحتمل القسمة وفيما لا يحتمل القسمة على السواء . وعند الشافعى وجبت معلولة بدفع ضرر خاص ، وهو ضرر القسمة ، فلا يتعدى الى ما لا يحتمل القسمة . وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال انما الشفعة فيما لم يقسم من غير فصل^(٣) .

ولا تجوز الشفعة فى البناء والشجر والنخل المبيع قصدا بدون الأرض القائم عليها ، لأنها متقولات ، فاذا بيعت مع الأرض تجب فيها الشفعة تبعا للأرض^(٤) .

٢٣٤ — مذهب الحنابلة — عند أحمد شرط الشفعة أن يكون المبيع أرضا ، لأنها التى تبقى على الدوام ويدوم ضررها . وأما غيرها فينقسم قسمين : أحدهما ثبتت فيه الشفعة تبعا للأرض ، وهو البناء والفراس يباع مع الأرض ، فانه يؤخذ بالشفعة تبعا للأرض ، بغير خلاف فى المذهب . وقد دل عليه قول النبي صلى الله عليه وسلم وقضاؤه بالشفعة فى كل شرك لم يقسم ربة أو حائط . وهذا يدخل فيه البناء والأشجار . والقسم الثانى ما لا تثبت فيه الشفعة تبعا ولا مفردا ، وهو الزرع والثرة الظاهرة تباع مع الأرض ، فانه لا يؤخذ بالشفعة

(١) جاء فى بداية المجتهد (٢ ص ٢٤٣ — ٢٤٤) أن أبا حنيفة لم يميز الشفعة فى البئر والفعل ، وأجازها فى العرصة والطريق ، وأن أبا حنيفة استدلى على منع الشفعة فى البئر بما روى لا شفعة فى بئر . ومالك حل هذا الأثر على آبار الصغارى التى تشمل فى الأرض الموات ، لا التى تكون فى أرض متعلكة .

(٢) راجع ما سيجىء نبذة ٢٣٦ .

(٣) البنايع ٥ ص ١٢ — ١٣ — الزيلى ٥ ص ٢٥٢ .

(٤) الزيلى ٥ ص ٢٥٢ — مرشد الحيران للمادة ١٠٩ .

مع الأصل^(١) .

وأما ما بيع مفردا من الأرض فلا شفعة فيه ، سواء كان مما ينقل كالحيوان والثياب والسفن والحجارة والزرع والثار ، أو لا ينقل كالبناء والفراس اذا بيع مفردا^(٢) .

٢٣٥ — الشفعة في المنقول — ظهر مما تقدم أن جمهور الفقهاء على أن الشفعة لا تثبت الا في العقار . وهذا هو رأى أبى حنيفة والشافعى وأحمد . وروى عن الحسن والثورى والأوزاعى والعنبرى وقتادة وربيعة واسحاق لا شفعة في المنقولات . واختلف عن مالك وعطاء ، فقالا مرة كذلك ، ومرة قالوا الشفعة في كل شيء ، حتى في الثوب . قال ابن أبى موسى وقد روى عن أبى عبد الله رواية أخرى أن الشفعة واجبة فيما لا ينقسم كالحجارة والسيوف والحيوان وما في معنى ذلك . قال أبو الخطاب وعن أحمد رواية أخرى أن الشفعة تجب في البناء والفراس وان بيع مفردا ، وهو قول مالك ، لعموم قوله عليه السلام « الشفعة فيما لم يقسم » ، ولأن الشفعة وضعت لدفع الضرر وحصول الضرر بالشركة فيما لا ينقسم أبلغ منه فيما ينقسم ، ولأن ابن أبى مليكة روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « الشفعة في كل شيء »^(٣) . واستند القائلون بقصر الشفعة على العقار على ما يأتي :

(١) وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة ومالك يؤخذ ذلك بالشفعة مع أصوله ، لأنه متصل بما فيه الشفعة ، فثبت فيه الشفعة تبعا ، كالبناء والفراس . ولأحمد أنه لا يدخل في البيع تبعا ، فلا يؤخذ بالشفعة كقماش الحار ، وعكس البناء والفراس ، وذلك لأن الشفعة بيع في الحقيقة ، لكن الشارع جعل له سلطان الأخذ بشير رضا المشتري ، فان بيع الشجر وفيه ثمرة غير ظاهرة كالطلع غير المؤبر دخل في الشفعة ، لأنها تتبع في البيع ، فأشبهت الفراس في الأرض .

(٢) المغنى ٥ ص ٤٦٣ .

(٣) المغنى ٥ ص ٤٦٣ — ٤٦٥ — راجع اعلام الموقعين ٢ ص ٢٥٠ .

(١) الأصل عدم انتزاع الانسان مال غيره الا برضاه ، ولكن تركنا ذلك في الأرض والمقار لثبوت النصوص فيه . قوله في الحديث الصحيح فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة يدل على اختصاصها بذلك .

وقول جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم الشفعة في كل شرك في أرض أو ربع أو حائط يقتضى انحصارها في ذلك .

وأما الآثار التضمنة لثبوتها في المنقول فضعيفة . وحديث « الشفعة في كل شئ » لم يرد في الكتب الموثوق بها ^(١) .

(٢) وقد قال عثمان بن عفان لا شفعة في بئر ولا لخل والأرف يقطع كل شفعة . والفعل النخل والأرف بوزن الترف للعالم والحدود ^(٢) .

(٣) الفرق بين المنقول وغيره أن الضرر في غير المنقول يتأبد بتأبده ، وفي المنقول لا يتأبد ، فهو ضرر عارض ، فهو كالمكيل والموزون ^(٣) .

(٤) الضرر في المقار يكثر جدا ، فالشريك فيه يحتاج الى احداث المرافق وتغيير الأبنية وتضييق الواسع وتخريب العامر وسوء الجوار وغير ذلك مما يختص بالمقار . فأين ضرر الشركة في الجوهرة والسيف من هذا الضرر؟ ^(٤) .

واعترض من أجاز الشفعة في كل شئ بما يأتي :

(١) انما كان الأصل عدم انتزاع ملك الانسان منه الا برضاه لما فيه من الظلم له والاضراب به . فأما ما لا يتضمن ظلما ولا اضرازا بل مصلحة له باعطائه الثمن فلشريكه دفع ضرر الشركة عنه ، فليس الأصل عدمه ، بل هو مقتضى أصول الشريعة ، فان أصول الشريعة توجب المعاوضة للحاجة والمصلحة الراجحة ، وان لم يرض صاحب المال ، وترك معاوضته لشريكه مع كونه قاصدا للبيع ظلم منه

(١) اعلام الموقعين ٢ ص ٢٥١ — المنقذ ٥ ص ٤٦٥ — بداية المجتهد ٢ ص ٢٤٣ .

(٢) اعلام الموقعين ٢ ص ٢٥١ .

(٣) اعلام الموقعين ٢ ص ٢٥١ .

(٤) اعلام الموقعين ٢ ص ٢٥١ .

واضرار لشريكه فلا يمكنه الشارع منه ، بل من تأمل مصادر الشريعة ومواردها تبين له أن الشارع لا يمكن هذا الشريك من نقل نصيبه الى غير شريكه وأن يلحق به من الضرر مثل ما كان عليه أو أزيد منه مع أنه لا مصلحة له في ذلك^(١) .

(٢) أما الآثار فقد جاءت بهذا وهذا ، ولو قدر عدم صحتها بالشفعة في المنقول فهي لم تنف ذلك ، بل نبت عليه .

(٣) وأما تأبد الضرر وعدمه ففرق فاسد ، فان من المنقول ما يكون تأبده كتأبد العقار ، كالجوهرة والسيف والكتاب والبئر ، وان لم يتأبد ضرره مدى الدهر فقد يطول ضرره ، كالعبد والجارية ، ولو بقي ضرره مدة فان الشارع مرید لدفع الضرر بكل طريق ولو قصرت مدته .

(٤) وأما التفريق بكثرة الضرر في العقار وقتله في المنقول فان الضرر في العقار يكثر من تلك الجهات ولكن يمكن رفعه بالقسمة ، وأما الضرر في المنقول فانه لا يمكن رفعه بقسمته . على أن هذا متفق بالارض الواسعة التي ليس فيها شيء^(٢) .

٢٣٦- ما لا يمكن قسمته - اختلف فيما لا يمكن قسمته من العقار^(٣) ، كالحمام الصغير والرحى الصنيرة والطريق الضيقة والعراص الضيقة ، فمن أحمد فيها روايتان : احداهما لا شفعة فيما لا يمكن قسمته ، وبه قال يحيى بن سعيد وريعة والشافعي . والثانية فيها الشفعة ، وهو قول أبي حنيفة والثوري وابن سريج . وعن مالك كالروايتين .

ووجه من يقول بالشفعة عموم قوله عليه السلام « الشفعة فيما يقسم » ، وسائر الألفاظ العامة ، ولأن الشفعة ثبتت لازالة ضرر للشاركة ، والضرر في هذا

(١) اعلام الموقعين ٢ ص ٢٥١ - ٢٥٢ .

(٢) اعلام الموقعين ٢ ص ٢٥٢ - بداية المجتهد ٢ ص ٢٤٣ .

(٣) راجع ما تقدم نبذة ٢٠ وما بعدها .

النوع أكثر لأنه يتأبد ضرره .

وجه من يقول بعدم الشفعة ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا شفعة في فناء ولا طريق ولا منقبة » ، والمنقبة الطريق الضيق ، رواه أبو الخطاب في رؤس المسائل . وروى عن عثمان رضي الله عنه أنه قال : لا شفعة في بئر ولا فحل . ولأن اثبات الشفعة في هذا يضر بالبائع ، وقد يمتنع البيع فتسقط الشفعة ، فيؤدي اثباتها الى قبيها . ويمكن أن يقال ان الشفعة انما تثبت لدفع الضرر الذي يلحقه بالمقاسمة لما يحتاج اليه من احداث المرافق الخاصة ولا يوجد هذا فيما لا ينقسم ^(١) .

٢٣٧ — السفينة — قال مالك تجب الشفعة في السفينة . وقال غيره

لا تجب .

وجه قوله أن السفينة أحد المسكنين ، فتجب فيها الشفعة ، كما تجب في المسكن الآخر ، وهو العقار .

وجه قول الآخرين ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا شفعة الا في ريع أو حائط ، لأن الشفعة في العقار ما وجبت لكونه مسكنا ، وانما وجبت لخوف أذى الدخيل وضرره على سبيل اللوام ، وذلك لا يتحقق الا في العقار ^(٢) .

في القانون

٢٣٨ — لا تكون الشفعة الا في العقار ، فلا تجوز في المنقول . وانه وان

كان هذا الحكم لم ينص عليه صراحة في قانون الشفعة ، فانه واضح من مجموع مواده ، حيث تكلمت المواد ١ ، ٢ ، ٦ ، ٩ ، ١٠ ، ١١ ، ١٢ ، ١٣ ، ١٤ ، ١٥ ، ١٩ ، ٢١ في الشفعة في العقار immeuble ، ولم يذكر القانون المذكور ، في أية

(١) الفنى • ص ٤٦٦ .

(٢) البائع • ص ١٢ — الزيلى • ص ٢٥٢ .

مادة من مواده ، الشفعة في المنقول .

ومن المعلوم ، كما تقدم ^(١) ، أن العقار في القانون اما أن يكون : (١) مالا ثابتا بطبيعته *immeuble par nature* ، أو (٢) مالا ثابتا بطريق التخصيص *immeuble par destination* ، أو (٣) مالا ثابتا بالنسبة للشيء المتعلق به *immeuble par l'objet auquel il s'applique* ^(٢) .

أما بالنسبة للأموال الثابتة بطبيعتها ، فإن الشفعة تكون فيها ، سواء أكانت أرضا ، أم بناء ^(٣) ، أم غراسا ، فإن البناء وحده ، أو الفراس وحده ، معتبر عقارا ، بقطع النظر عن الأرض القائم عليها ، فتقع فيه الشفعة . وهذا خلافا للشريعة التي تعتبر ، كما تقدم ، البناء والفرس من المنقولات ^(٤) ، فلا تجوز فيها الشفعة الا اذا بيعت مع الأرض ، ولكن اذا بيعت من غير الأرض فلا شفعة فيها ^(٥) . غير أن الامام مالك يعتبر البناء من العقارات ، فتصح فيه الشفعة عنده .

وبالنسبة للأموال الثابتة بطريق التخصيص فانها تتبع العقارات التي اتصلت بها ، ولا شفعة فيها اذا بيعت مستقلة ، لأنها تكون منقولة في هذه الحالة .

وفيا يتعلق بالأموال الثابتة بالنسبة للشيء المتعلقة به ، فتصح الشفعة فيها اذا تحققت الشروط التي يتطلبها القانون ، كالجوار ، وقد أجاز القانون نفسه ، كما رأينا ، في المادة ٢ ، للمالك الرقبة ، أن يطالب بالشفعة في حالة بيع حق الانتفاع ^(٦) .

(١) راجع نبذة ١٨ .

(٢) راجع الجزء الأول من كتابنا « الملكية والحقوق العينية » نبذة ٢٨ وما بعدها .

(٣) راجع ما تقدم نبذة ٨١ حيث فصلنا الشفعة في البناء .

(٤) راجع الجزء الأول من كتابنا « الملكية والحقوق العينية » نبذة ٨٧ .

(٥) راجع ما تقدم — المادة ١٠٩ من مرشد الميراث .

(٦) راجع ما تقدم نبذة ٥٨ ، ونبذة ٨١ .

٢٣٩ — وقد تكلمنا بالتفصيل ، فيما سبق ، في البناء ^(١) ، والدور ذات الطبقات ^(٢) .

عدم تجزئة العقار المبيع

٢٤٠ — من الشفعة لا يُجزأ indivisible — يجب أن يشمل حق الشفعة جميع الأعيان المبيعة ، فلا يسوغ طلب جزء من المبيع بالشفعة وترك جزء منه ، والا كان في ذلك تفرقة للشفعة واضرار بالمشتري ، إذ أن الثمن تقدر جملة واحدة ، بصرف النظر عن قيمة كل جزء على حدته ، وقد يكون الجزء المشفوع فيه أصغر من باقي الأجزاء الأخرى ، ولولاه لما رغب المشتري في أن يأخذ جملة الشفقة ^(٣) .

وكانت المحاكم قبل صدور قانون الشفعة تنقض بهذه القاعدة ^(٤) . وقد نص عليها صراحة قانون الشفعة في المادة ١١ ، وهي حكم الشريعة الاسلامية أيضا ، بالتفصيل الذي سندكره فيما يلي .

في الشريعة الاسلامية

٢٤١ — قاعدة عدم التجزئة مقررة في الشريعة الاسلامية ، اذ من

(١) بنية ٨١ ، ٨٣ .

(٢) بنية ٨٢ .

(٣) ملوى الجزئية ٢٢ أكتوبر ١٩٠٦ (القاضي على عبد الرازق) المجموعة ٨ رقم ١١٦ ص ٢٤٦ الحقوق ٢٢ ص ٢٨٦ .

استئناف ٢٠ نوفمبر ١٩٠٧ (دائرة حسن جلال بك ومستر ايموس ومحمد صديق بك) المجموعة ٩ رقم ١١٠ ص ٢٥٥ .

قنا الابتدائية ٢٥ يناير ١٩٢٦ (دائرة حسن صادق رشيد بك والقاضي حسن منصور والقاضي عبد الحميد عمر وشاحي) المحاماة ٦ رقم ٥٤٤ ص ٨٧٥ الجدول المشترى الأول للمحاماة رقم ٩٧٩ .

استئناف مخطط ٥ ابريل ١٩٠٦ (١٨ ص ١٨٦) .

(٤) استئناف ١٢ يناير سنة ١٨٩٩ (دائرة سعد زغلول بك ومسيو دي هلنس ومستر كوغلين) الحقوق ١٤ ص ٥٢٠ رقم ١٢٢ .

شروط التملك بالشفعة أن لا يتضمن التملك تفريق الصفقة على المشتري . فإن تضمن فليس له أن يملك ، لأن في التفريق ضررا بالمشتري ، وهو ضرر الشركة ، ودفع الضرر بالضرر متناقض ^(١) .

وعلى هذا يخرج ما اذا أراد الشفيع أن يأخذ بعض المشتري بالشفعة دون بعض ، أنه هل يملك ذلك ، فجملة الكلام فيه أن المشتري لا يخلو : (١) اما أن يكون بعضه ممتازا عن البعض ، و (٢) اما أن لا يكون :

(١) فإن لم يكن ، بأن اشترى دارا واحدة ، فأراد الشفيع أن يأخذ بعضها بالشفعة دون البعض ، أو يأخذ الجانب الذي يلي الدار دون الباقي ، ليس له ذلك . بلا خلاف بين الحنفية ، ولكن يأخذ الكل أو يدع ، لأنه لو أخذ البعض دون البعض لتفرقت الصفقة على المشتري ، لأن الملك له في كل الدار ثبت بقول واحد ، فكان أخذ البعض تفريقا ، فلا يملكه الشفيع . وسواء اشترى واحد من واحد أو واحد من اثنين أو أكثر ، حتى لو أراد الشفيع أن يأخذ نصيب أحد البائعين ليس له ، سواء كان المشتري قبض أو لم يقبض ، في ظاهر الرواية ^(٢) . وروى أن للشفيع أن يأخذ نصيب أحد البائعين قبل القبض ، وليس له أن يأخذ من المشتري نصيب أحدهما بعد القبض .

وجه هذه الرواية أن التملك قبل القبض لا يتضمن معنى التفريق ، لأن التملك يقع على البائع ، وقد خرج نصيبه عن ملكه ، فلا يلزمه ضرر التفريق ، وهو ضرر الشركة ، بخلاف ما بعد القبض ، لأن التملك بعد القبض يقع على المشتري ، ألا ترى أن الهبة عليه وفيه تفريق ملكه . وجاء في البدائع أن الصحيح جواب الرواية ، لأن الملك قبل القبض للمشتري بصفقة واحدة ، فملك نصيب أحد البائعين تفريق ملكه ، فيلزمه ضرر الشركة ^(٣) .

(١) البدائع • ص ٢٥ — المنى • ص ٢٧ • .

(٢) البدائع • ص ٢٥ . وعن أحمد والثاني أن للشفيع أخذ نصيب أحدهما دون الآخر ، لأن عقد الاتنين مع واحد عقدان ، لأنه مشتر من كل واحد منهما ملكه بشئ مفرد ، فكان للشفيع أخذه ، كما لو أفرده بفرد (المنى • ص ٣٠) .

(٣) البدائع • ص ٢٥ .

ولو اشترى رجلان من رجل دارا فلشفيع أن يأخذ نصيب أحد المشتريين في قولهم جميعا ، لأن الأخذ هنا لا يتضمن التفريق ، لأن الصفقة حصلت متفرقة وقت وجودها ، اذ الملك في نصيب كل واحد منهما ثبت بقوله ، فلم تتحد الصفقة ، فلا يقع الأخذ تفريقا لحصول التفريق قبله ، وسواء كان بعد القبض أو قبله ، في ظاهر الرواية ^(١) . وروى أنه ليس للشفيع أن يأخذ قبل القبض الا الكل ، وبعد القبض له أن يأخذ نصيب أحد المشتريين .

وجه هذه الرواية أن أخذ البعض قبل القبض يتضمن تفريق اليد على البائع ، والتملك قبل القبض لا يتضمن التفريق ، لأن التملك يقع على البائع ، وأنه لا يجوز ، ألا ترى أن أحد المشتريين لو أراد أن يقبض حصته دون صاحبه ليس له ذلك .

ووجه ظاهر الرواية أن الصفقة حصلت متفرقة من الابتداء ، فلا يكون أخذ البعض تفريقا لحصول التفريق قبل الأخذ . وقوله فيه تفريق اليد ، وهو القبض ، ممنوع ، فالشفيع يملك نصيب أحد المشتريين بالشفعة ، ولكنه لا يفرق اليد ، حتى لو قد الثمن ليس له أن يقبض أحد النصفين ما لم ينقد الاخر كيلا يتفرق القبض ، وسواء سمي لكل نصف ثمنا على حدة ، أو سمي للجملة ثمنا واحدا ، فالعبرة لاتحاد الصفقة وتعددتها ، لا لاتحاد الثمن وتعددته ، لأن المانع من التفريق هو الضرر ، والضرر ينشأ عن اتحاد الصفقة لا عن اتحاد الثمن .

وسواء كان المشتري عاقدا لنفسه أو لغيره في الفصلين جميعا . حتى لو وكل رجلان جميعا رجلا واحدا بالشراء ، فاشترى الوكيل من رجلين ، فجاء الشفيع ، ليس له أن يأخذ نصيب أحد البائعين بالشفعة . ولو وكل رجل واحد رجلين فاشترى من واحد ، فلشفيع أن يأخذ ما اشتراه أحد الوكيلين . وكذا لو كان الوكلاء عشرة اشتروا لرجل واحد فلشفيع أن يأخذ من واحد أو من اثنين أو

(١) وهنا هو رأى أحد ومالك والشافعي (المنى ٥ ص ٥٣٠) .

من ثلاثة . قال محمد وأنا أنظر في هذا الى المشتري ولا أنظر الى المشتري له ، لأن الأخذ بالشفعة من حقوق البيع وأنها راجعة الى الوكيل ، فكانت العبرة لاتحاد الوكيل وتمدده دون الموكل ^(١) .

(٢) وان كان للمشتري بعضه ممتازا عن البعض ، بأن اشترى دارين صفقة واحدة ، فأراد الشفيع أن يأخذ احدهما دون الأخرى . فان كان شفيعا لهما جميعا فليس له ذلك ، ولكن يأخذهما جميعا أو يدعهما . وهذا قول أبي حنيفة وصاحبيه . وقال زفر له أن يأخذ احدهما بمحضتها من الثمن .

وجه قول زفر أن للسانع من أخذ البعض دون البعض هو لزوم ضرر الشركة ، ولم يوجد هنا ، لانفصال كل واحدة من الدارين عن الأخرى .

ووجه قول الآخرين أن الصفقة وقعت مجتمعة ، لأن المشتري ملك الدارين بقبول واحد ، فلا يملك الشفيع تفريقها ، كما في الدار الواحدة . وقوله ليس فيه ضرر الشركة مسلم ، لكن فيه ضرر آخر ، وهو أن الجمع بين الجيد والردىء في الصفقة معتاد فيما بين الناس ، فلو ثبت له حق أخذ أحدهما لأخذ الجيد ، فيتضرر منه المشتري ، لأن الردىء لا يشتري وحده بمثل ما يشتري مع الجيد ، فيتضرر به .

وسواء كانت الداران متلاصقتين أو متفرقتين ، في مصر واحد أو مصريين ، فهو على الاختلاف ^(٢) .

فان كان الشفيع شفيعا لاحدهما دون الأخرى ، ووقع البيع صفقة واحدة ، فهل له أن يأخذ الكل بالشفعة ؟

روى عن أبي حنيفة أنه ليس له أن يأخذ الا التي تجاوره بالحصصة . وكذا روى عن محمد في الدارين المتلاصقتين اذا كان الشفيع جارا لاحدهما ، أنه ليس له الشفعة الا فيما يليه .

(١) البائع • ص ٢٥ — ٢٦ .

(٢) البائع • ص ٢٦ .

وكذا قال محمد في الأفرحة للتلاصقة ، وواحد منها إلى أرض انسان ، وليس بين الأفرحة طريق ولا نهر ، انما هي منسأة ، انه لا شفعة له الا في القراح الذى يليه خاصة .

وكذا في القرية اذا بيعت بدورها وأراضيها ، أن لكل شفيع أن يأخذ القراح الذى يليه خاصة .

وروى الحسن عن أبي حنيفة أن للشفيع أن يأخذ الكل في ذلك كله بالشفعة . قال الكرخي رواية الحسن تدل على أن قول أبي حنيفة كان مثل قول محمد ، ثم رجع عن ذلك فجعله كالدار الواحدة .

وجه الرواية الأولى أن سبب ثبوت الحق ، وهو الجوار ، وجد في أحدهما ، وهو ما يليه ، فلا يملك الا أخذ أحدهما ، والصفقة وان وقعت مجتمعة ولكنها أضيفت الى شئئين ، أحدهما ثبت فيه حق الشفعة ، والآخر لم يثبت فيه حق الشفعة ، فله أن يأخذ ما ثبت فيه الحق ، كما اذا اشترى عقارا أو منقولا صفقة ، انه يأخذ المقار خاصة ، كذا هذا .

وجه الرواية الأخرى أن سبب الوجوب وان وجد فيما يليه دون الباقي لكن لا سبيل الى أخذه خاصة بدون الباقي ، لما فيه من تفريق الصفقة ، فيأخذ ما يليه قضية للسبب ، ويأخذ الباقي ضرورة التحرز عن تفريق الصفقة ^(١) .

قانون الشفعة

٢٤٢ — جاء في المادة ١١ من قانون الشفعة أنه :

« اذا بيع العقار لمدة أشخاص مشاعا بينهم فلا يجوز الشفعة الا فيه بتمامه ، أما اذا

« Si un immeuble est vendu indivisément à plusieurs personnes, le droit de préemption ne peut s'exercer que sur l'immeuble en-

tier; si, au contraire, l'immeuble a été partagé entre les acquéreurs, le droit de préemption pourra s'exercer soit sur la totalité de l'immeuble soit sur une ou plusieurs quote-parts^(١), en se conformant aux règles établies pour l'exercice du droit de préemption».

عينت في المقدحصة كل منهم مفروزة كان للشفيغ الحق في طلب أخذه بتمامه أو أخذ حصة واحدة أو أكثر مع مراعاة القواعد المقررة لطلب الأخذ بالشفعة» .

٢٤٣ - تعدد المشترين - نصت المادة ١١ على حالتين :

(١) نصت أولاً على أنه اذا بيع عقار على الشيوع لمدة أشخاص فيجب على الشفيغ أن يأخذ كل العقار .

وقد حكم استناداً على ذلك ، بأنه اذا بيعت عين لمدة أشخاص على الشيوع بينهم ، وكان بعضهم من أصول البائع أو من فروعه أو من أقاربه لغاية الدرجة الثالثة ، فأنتفت الشفعة بالنسبة اليهم ، فانها تبطل بالنسبة الى الباقين ، لأن حق الشفعة يتصادم في هذه الحالة مع نص المادة ١١ ، الذي نص على أنه اذا بيع العقار لمدة أشخاص مشاعاً بينهم فلا تجوز الشفعة الا فيه بتمامه ^(٢) .

(٢) نصت المادة ١١ كذلك على أنه في حالة بيع العقار لمدة أشخاص ، مع تعيين حصة كل منهم مفروزة ، يكون للشفيغ الحق في طلب أخذ العقار بتمامه ، أو أخذ حصة واحدة أو أكثر ، فهذا الخيار المعطى للشفيغ يثبت له بمجرد كونه حائزاً لسبب الأخذ بالشفعة بالنسبة للعقار بتمامه ، بدون وجوب توافر هذا السبب بالنسبة لكل حصة من الحصص المطالوب أخذها بالشفعة ، بشرط أن يكون في ممارسته لهذا الحق تحقيق للغرض المقصود من الأخذ بالشفعة ، وهو رفع ضرر

(١) راجع اتفاق دى هلنس لكلمة quote-parts (بنبة ١٠٠) .

(٢) سواهج الجزئية ٢٧ يناير ١٩٢٣ (القاضي محمود علام) المحاماة ٣ رقم ١٢٨ ص ١٨١ الجدول العشري الأول للمطاماة رقم ١٠٠٤ .
 راجع أيضاً اسنا الجزئية ١٣ يناير ١٩٢٣ (القاضي حسن رياض) المجموعة ٢٦ رقم ٩٢ ص ١٦٠ .

الجوار المحتمل بحسب ما اقترضه القانون ، ولذا لا يجوز للشفيع أن يترك الجزء المبيع المجاور لأرضه ويأخذ الجزء البعيد عنه من كل جهة ، بل يجب أخذ الجزء المجاور له أو كل أجزاء القمار جملة واحدة ، أو الجزء المجاور له وما يتصل به من الأجزاء الأخرى ، ولو كان بعض هذه الأجزاء غير متوافر فيه في ذاته شرط الجوار ، كملك الشفيع من جهتين مثلا^(١) .

(١) ملطفاً لابتدائية ١٦ يونيه ١٩١٨ (دائرة القضاة مصطفى النحاس ويوسف مينا وجمال الدين أباطه) الحقوق ٣٤ ص ١٨٧ المجموعة ٢٠ رقم ٤٣ ص ٥١ الفهرست التشريعية الثانية للمجموعة رقم ٩٦٢ . وقد جاء في الحكم :

« فإن كان السبب الجوار من جهتين وجب أن يكون كذلك بالنسبة للمحصص التي يطلب أخذها بالشفعة في مجموعها ، فلا يصح له مثلاً أن يأخذ الحصة البعيدة عنه التي لا يكون لها اتصال أو التي لا يكون لها اتصال إلا من جهة واحدة ، دون أن يأخذ المحصص المتصلة بها والمجاورة للكه من الجهتين . ولكن يكفي أن يطلب الحصة المجاورة له من الجهتين ، وما يتصل بها من المحصص الأخرى ، ولو كان بعض هذه المحصص غير متوفر فيه في ذاته شرط الجوار ملك الشفيع من الجهتين ، وذلك لأن إباحة أخذ القمار بتمله بالشفعة أو بعض حصص منه تدل على أن المتبر في نظر القانون هو كلية القمار وكلية مجموعة المحصص المطلوب أخذها منه بحيث إن هذه المجموعة المتصلة أجزاؤها بعضها ببعض تعتبر كلاً واحداً متى تحقق الجوار من جهتين في بعضه سرى ذلك إلى باقية . والقول بخلاف ذلك يؤدي إلى نتيجة غير مقبولة ، وهي أنه في مثل هذه الحالة يكون للشفيع أن يأخذ القمار بتمله ، ولكنه لا يستطيع أن يأخذ من المحصص إلا كل حصة تكون بذاتها مجاورة له من الجهتين ، وقد لاحظ القنن في ذلك أن القمار كل قد يضرر الشفيع من جميع من ينتقل اليهم بالبيع بمحصر مفروزة لكل منهم أو من بعضهم ، فأباح له أن يأخذ الكل بالشفعة ، أو أن يأخذ البعض بقدر ما يرى فيه إبعاد الضرر عنه ، وقد يكون ذلك متحققاً في عدد من جيرانه الجديدين ، فإن اضطر لأخذ الشفعة من بعضهم دون البعض فانه يبقى جارا ملاصقا أيضاً لهذا البعض الباقي ، فلا يدفع عن نفسه أذى جواره ، فذلك جعل له القانون الحق في أن يأخذ بالشفعة من المحصص بقدر ما يشاء ، تحت شرط أن يكون سبب الأخذ بالشفعة متوفراً في بعضها ويكون باقيها متصلاً بها .

« وحيث إن القمار هنا واحد ، وهو ما كان يملكه المدعي عليه الثالث قطعة واحدة مجاورها المدعيان من جهتين البحري والغربي ، فباعها للمدعي عليه الثالث للمدعي عليهما الأولين مع تعيين حصة كل منهما مفروزة فيها ، فيكون للمدعين الحق في أخذ القمار بتمله بالشفعة ، كما أن لهما الحق في أن لا يأخذوا بالشفعة إلا القمار البحري فقط ، ولكنهما ليس لهما أن يأخذوا القمار القلي دون القمار البحري » .

٢٤٤ - تعدد البائعين - اذا تعدد البائعون على الشئوع ، وكان المشتري واحدا ، وجب تطبيق ما تنص به المادة ١١ ، وهو عدم جواز الشفعة الا في العقار بتمامه ، فلا يمكن استعمال حق الشفعة من أجل حصة أحد البائعين فقط (١) .

وبناء على قاعدة عدم تجزئة العقار المبيع ، اذا تعدد الشفعاء ، وسقط حق بعضهم ، جاز للبعض الآخر من لم يسقط حقهم أن يأخذوا كل الأعيان صفقة واحدة (٢) .

٢٤٥ - عدم التجزئة مقرر لمصلحة المشتري - لم تقرر قاعدة عدم تجزئة حق الشفعة الا لمصلحة المشتري ولا يصح أن يحتج بها الشفيع ليؤيد طلبه

= راجع أيضا استئناف مخطط ١٠ مارس ١٨٩٢ (٤ ص ١٤٢) ، أول مارس ١٩٠٠ (١١ ص ١٤٣) .

استئناف مخطط ١٩ يناير ١٩٢٦ (٣٨ ص ١٨٤) المحاماة ٦ رقم ٣٢١ ص ٤٥٩ الجدول المصري الأول للمحاماة رقم ١٠٠٨ : اذا بيعت قطعتا أرض ، احدهما وهي الكبرى للزوج ، والأخرى وهي الصغرى للزوجة ، في يوم واحد ، وتبين أن البيع الحاصل للزوجة مقصود به فصل القطعة لليعة للزوج عن أرض الجار لتنع الشفعة ، كان للجار الحق رغمًا من ذلك في أخذ القطعتين بالشفعة ، سواء كان البيع الحاصل للزوجة بمفردها يما جديا أو كان يما سوريا مقصودا به الحيلولة بين الأرض التي اشتراها الزوج وأرض الجار ، اذ أنه حتى في حالة ما اذا كان البيع الصادر للزوجة هو بيع جدي فان هذا لا يمنع الشفعة ، اذ أن حصول البيع لجهة أشخاص في يوم واحد ولو بقود مختلفة لا يمنع الجار من طلب الشفعة وفقا لحكم المادة الحادية عشرة من قانون الشفعة .

استئناف مخطط ١١ فبراير ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ١٨٨ ص ٢٦٩ الجدول المصري الأول للمحاماة رقم ٩٨٠ : اذا بيعت أرض لجهة أشخاص بقود متفرقة في يوم واحد ، وتسجلت في يوم واحد ، جاز للجار أن يطلب الأرض كلها بالشفعة اذا توافرت في الجوار الشروط التي تعمل حق في الشفعة تابجا . وتجزئة الصفقة لا تمنع من استعمال حق الشفعة في الأرض بأكملها .

(١) استئناف مخطط ٢٠ فبراير ١٩١٣ (٢٥ ص ١٩٦) .

(٢) استئناف أعلى ٢ يونيه ١٩٠٤ (دائرة قاسم أمين بك ومستر هالتون وأحمد زيور بك) الاستقلال ٣ رقم ٣٣١ ص ٢٢٤ .

استئناف مخطط ١١ مايو ١٩٠٨ (٢٠ ص ٢٤٣) .

أخذ جميع الأعيان المبعة بالشفعة مع أنه مجاور لجزء منها فقط^(١).

٢٤٦ - ويجب على الشفيع أن يطلب كل العقار المبيع ، لا جزءا منه فقط ، والا سقط حقه في الشفعة ، وذلك حتى لو تعدد من لهم حق الشفعة ، لأن المحكمة في هذه الحالة هي التي تعين ترتيب الشفعاء أو تحد مقدار ما يخص كلا منهم في العقار المشفوع .

وقد حكم بأنه اذا اقتصر الشفيع على طلب جزء من العقار المبيع ، ثم عاد وطلب الشفعة في كل العقار ، فان حقه يسقط اذا كان طلبه لم يقدم الا بعد ا قضاء الميعاد الذي حده القانون للمطالبة بالشفعة^(٢) .

٢٤٧ - نمرد العقارات المبعة - كل ما تقدم اذا كان العقار المبيع واحدا ، أما اذا كان المبيع عقارات متعددة فتجب التفرقة بين الحالة التي تكون فيها العقارات منفصلا بعضها عن بعض والحالة التي تكون فيها متصلة . وقد تقدم الكلام في ذلك في نبذة ٩٦ .

(١) ملطلا الابتدائية ١٦ نوفمبر ١٩٠١ (دائرة بطرس يوسف بك والقاضي محمد صدق والقاضي محمد زكي) المجموعة ٣ رقم ٣٦ ص ١٠٨ .
استئناف مصر الأهلية ١٢ يونيو ١٩٢٨ (دائرة محمد مصطفى بك وزكي برزى بك وعبد الباقي زكي القشيري بك) الحاماة ٨ رقم ٥٦٣ ص ٩٣٠ الجدول العشري الأول للمعاماة رقم ٩٨٢ : ليس معنى عدم جواز تجزئة الصفقة أن يكون للشفيع حق الشفعة في جميع الصفقة بما فيها العقار الذي لا شفعة له فيه أصلا ، وإنما معنى ذلك أن المشفوع منه أن يلزم الشفيع بذلك اذا شاء ، والا كان حق الشفيع مقصورا على العقار التي له حق الشفعة فيه وحده .

استئناف مصر ٤ يونيو ١٩٣٠ (دائرة مصطفى محمد بك ومحمود علي سرور بك وسليمان السيد بك) المجموعة ٣١ رقم ١٤٤ ص ٣٦٩ : اذا باع الأمريكي عقارا ، وكان قد قسم بينهما بمقتضى حكم قبل حصول البيع بمدة ، فقد البيع يعتبر مشتملا على بيع عقارين مستقلين لكل منهما مالك خاص . وعلى ذلك فليس للشفيع الحق في الأخذ بالشفعة الا في الجزء المجاور له ولا حق له بأخذ جميع العقار بمجة عدم التجزئة . لأن هذه التجزئة موجودة فعلا بسبب القسمة قبل البيع ، ولأن مبدأ عدم التجزئة إنما وضع لمصلحة المشتري وليس لمصلحة الشفيع .
(٢) ملوى ٨ يناير ١٩١٩ (القاضي موافي علام) المجموعة ٢٠ رقم ٩٣ ص ١٢٣ .

الاجراءات التي تلزم مراعاتها للأخذ بالشفعة

٢٤٨ — اذا طلب الشفيع المين المبيعة ، فان سلم المشتري بمقته ثبت الملك للشفيع بالتراضي ، من غير حاجة لاتخاذ اجراءات قضائية ، والا احتاج الحال فيه الى رفع دعوى والحصول على حكم من القاضي .
وقد نص القانون على الاجراءات الواجب اتباعها في الحالة الأخيرة . وقبل أن نسطها نرى وجوب الكلام في أحكام الشريعة الاسلامية الخاصة بها .

في الشريعة الاسلامية

٢٤٩ — طلب الشفعة على ثلاثة أوجه :

- (١) طلب موائبة .
- (٢) طلب اشهاد وتقرير .
- (٣) طلب خصومة وتملك ^(١) .

(١) طلب الموائبة

٢٥٠ — **المبادرة بمجرد العلم** — طلب الموائبة هو أن يبادر الشفيع بطلب الشفعة بمجرد علمه بالبيع والمشتري ومقدار الثمن . فإذا علم ببعضها ، مثلاً بالبيع والمشتري ، ولم يعلم بمقدار الثمن ، لا يبطل حقه في الشفعة .
ويلزم أن يحصل الطلب بمجرد العلم بالأشياء الثلاثة المتقدمة ، وهي البيع والمشتري والثمن .

وسمى طلب الموائبة كذلك لقوله عليه الصلاة والسلام « الشفعة لمن واثبها » ، أي طلبها على وجه السرعة ، لأن الموائبة من الوثب ، وهو العدو الشديد . وقوله عليه الصلاة والسلام « انما الشفعة كنشطة عقال ان قيدها ثبتت والا ذهبت » .

(١) مرشد الحبران للمادة ١١٧ — المجلة المادة ١٠٢٨ .

٢٥١ — علم الشفيع — قد يحصل علم الشفيع بسامعه بالبيع بنفسه ، وقد يحصل باخبار غيره . واختلف فيما اذا كان يشترط فيه المدد والعدالة : قال أبو حنيفة يشترط أحد هذين ، اما المدد في الخبر ، رجلان أو رجل وامرأتان ، واما العدالة .

وقال أبو يوسف ومحمد لا يشترط فيه المدد ولا العدالة ، حتى لو أخبره واحد بالشفعة ، عدلا كان الخبر أو فاسقا ، بالثا أو صيبا ، ذكرا أو أنثى ، فسكت ولم يطلب على فور الخبر ، على رواية الأصل ، أو لم يطلب في المجلس ، على رواية محمد ، بطلت شفيعته عندهما اذا ظهر كون الخبر صدقا . وذكر الكرخي أن هذا أصح الروايتين .

فما يقولان المدد والعدالة ساقطا الاعتبار شرعا في المعاملات ، وهذا من باب المعاملة ، فلا يشترط فيه المدد ولا العدالة .

ولأبي حنيفة أن هذا اخبار فيه معنى الاثام ، ألا ترى أن حق الشفيع يبطل لو لم يطلب بعد الخبر ، فأشبه الشهادة ، فيعتبر فيه أحد شرطى الشهادة ، وهو المدد أو العدالة ^(١) .

ولو أخبر المشتري الشفيع بنفسه ، يجب عليه الطلب بالاجماع ، وان لم يكن المشتري عدلا ، لأن للمشتري خصم ، وعدالة الخصم ليست بشرط في الخصومات ^(٢) .

وان كان الخبر رجلا واحدا غير عدل ، ان صدقه الشفيع في ذلك ثبت البيع بخبره بالاجماع ، وان كذبه في ذلك لا يثبت البيع بخبره ، وان ظهر صدق الخبر عند أبي حنيفة ، وعندهما يثبت البيع بخبره اذا ظهر صدق الخبر ^(٣) .

(١) البائع • ص ١٧ — الفتاوى الهندية • ص ١٧٢ — الزيلعي • ص ٢٤٣ .

(٢) البائع • ص ١٧ — الزيلعي • ص ٢٤٣ .

(٣) كذا في التخييرة — الفتاوى الهندية • ص ١٧٢ .

٢٥٢ - وقت طلب الموائبة - اختلف فيما اذا كان يشترط الطلب

فور العلم ، أو يكفي أن يكون في مجلس علمه بالبيع وإن امتد المجلس . فعلى القول الأول شرط طلب الموائبة هو أن يكون على فور العلم بالبيع ، اذا كان قادرا عليه ، حتى لو علم بالبيع وسكت عن الطلب مع القدرة عليه ، بطل حق الشفعة . ولو أخبر بكتاب ، وكانت عبارة البيع والتمن والمشتري في أوله أو في وسطه ، وتمادى في القراءة الى آخر الكتاب ، سقط حقه في الشفعة ، لأن تماديه في القراءة دليل على اعراضه عن الأخذ بها . ولكن لو قال كلاما يدل على الأخذ لا يبطل حقه (١) .

وهذا في رواية الأصل . ومال الى هذا القول قاضيهان في فتاواه . وفي جواهر الفتاوى ما يؤيده حيث صرح بوجوب الطلب على الفور وإن عليه الفتوى . وقال في رد المحتار وهذا القول مناسب لتسميته طلب الموائبة ، وظاهر الهداية اختياره ونسبه الى عامة المشايخ . قال في الشرنبلالية وهو ظاهر الرواية حتى لو سكت هنية بغير عذر ولم يطلب أو تكلم بكلام لغو بطلت شفعته كما في الخانية والزيلعي وشرح الجمع (٢) .

وهو الصحيح في مذهب أحمد ، نص عليه في رواية أبي طالب ، قال الشفعة بالموائبة ساعة يعلم . وهذا قول ابن شبرمة والبتي والأوزاعي والعنبري والشافعي في أحد قوليه . وحكى عن أحمد رواية ثانية أن الشفعة على التراخي لا تسقط ما لم يوجد منه ما يدل على الرضا من عفو أو مطالبة بقسمة أو نحو ذلك . وهذا قول مالك وقول الشافعي ، إلا أن مالكا قال تنقطع بمضى سنة ، وعنه بمضى مدة يعلم أنه تارك لها ، لأن هذا الخيار لا ضرر في تراخيه فلم يسقط بالتأخير كحق القصاص . ويبان عدم الضرر أن النفع للمشتري باستغلال للبيع ، وإن

(١) الزيلعي ٥ ص ٢٤٣ .

(٢) شرح المجلة لسلم بلز على المادة ١٠٢٩ .

أحدث فيه عمارة من غراس أو بناء فله قيمته . وحكى عن ابن أبي ليلى والثوري أن الخيار مقدر بثلاثة أيام ، وهو قول الشافعي ، لأن الثلاث حد بها خيار الشرط ، فصحت حدا لهذا الخيار ^(١) .

وروى عن محمد أنه على المجلس كخيار القبول ، ما لم يتم عن المجلس أو يتشاغل عن الطلب بعمل آخر ، لا تبطل شفعته ، وله أن يطلب . وذكر الكرخي أن هذا أصح الروايتين . ووجه هذه الرواية أن حق الشفعة ثبت نظرا للشفيع دفعا للضرر عنه ، فيحتاج الى التأمل ، ان هذه الدار هل تصلح بمثل هذا الثمن ، وانه هل يتضرر بجوار هذا المشتري فيأخذ الشفعة أو لا يتضرر فيترك ، وهذا لا يصح بدون العلم بالمبيع .

ووجه رواية الأصل ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال الشفعة لمن واثبها . وروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال انما الشفعة كنشط عقال ان قيد مكانه ثبت والا ذهب . وفي بعض الروايات الشفعة كحل عقال ان قيد مكانه ثبت والا فاللوم عليه . وفي لفظ أنه قال « الشفعة كنشطة العقال ان قيدت ثبتت وان تركت فاللوم على من تركها » . ولأنه حق ضعيف متزلزل لثبوته على خلاف القياس ، اذ الأخذ بالشفعة تملك مال معصوم بغير اذن مالكه لخوف ضرر يحتمل الوجود والعدم ، فلا يستقر الا بالطلب على الموائمة ^(٢) .

واثباته على التراضي يضر المشتري لكونه لا يستقر ملكه على المبيع ويمتنع من التصرف بعمارة خشية أخذه منه ولا يندفع عنه الضرر بدفع قيمته ، لأن خسارتها في الغالب أكثر من قيمتها مع تب قلبه وبدنه فيها . والتحديد بثلاثة أيام تحكم لا دليل عليه ^(٣) .

٢٥٣ — تطبيقات — لو أخرج الدار فقال الحمد لله قد ادعيت

(١) اللقي ٥ ص ٤٧٧ — ٤٧٨ .

(٢) البنايع ٥ ص ١٧ .

(٣) اللقي ٥ ص ٤٧٨ .

شفعتها أو سبحانه الله قد ادعيت شفعتها فهو على شفعتها على رواية محمد ، لأن هذا يذكر لافتتاح الكلام تبركاً به ، فلا يكون دليل الاعراض عن الطلب . وكذا اذا سلم أو شئت العاطس ، لأن ذلك ليس بعمل يدل على الاعراض . وكذلك اذا قال : من ابتاعها ، وبكم بيعت ، لأن الانسان قد يرضى بمجاورة انسان دون غيره ، وقد تصلح له الدار بثمن دون غيره ، فكان السؤال عن حال الجار ومقدار الثمن من مقدمات الطلب لا اعراضاً عنه ، وهذا كله على رواية اعتبار المجلس .

فأما على رواية اعتبار القور ، تبطل شفعتها في هذه المواضع لا تقطاع القور من غير ضرورة .

وقد قالوا ولو أخبر بالبيع وهو في الصلاة ففُضِيَ فيها فالشفيع لا يخلو من أن يكون في القرض أو في الواجب أو في السنة أو في النفل المطلق . فان كان في القرض لا تبطل شفعتها ، لأن قطعها حرام ، فكان معذوراً في ترك الطلب . وكذا اذا كان في الواجب ، لأن الواجب ملحق بالقرض في حق العمل ، وان كان في السنة فكذلك ، لأن هذه السنن الراجعة في معنى الواجب ، سواء كانت السنة ركعتين أو أربعاً ، كالأربع قبل الظهر ، وذكر محمد في الحنيفة اذا كانت في صلاة النفل فزادت على ركعتين بطل خيارها ^(١) .

٢٥٤ — والغائب اذا عجل بالشفعة فهو مثل الحاضر في الطلب والاشهاد ، لأنه قادر على الطلب الذي يتأكد به الحق وعلى الاشهاد الذي يتوثق به الطلب .

ولو وكل الغائب رجلاً لياخذ له بالشفعة فذلك طلب منه ، لأن في التوكيل طلباً وزيادة .

واذا طلب الغائب على الموائمة وأشهد فله بعد ذلك من الأجل مقدار المسافة التي يأتي الى حيث البائع أو المشتري أو الدار ، لزيادة عليه ، لأن

تأجيل هذا القدر للضرورة ولا ضرورة للزيادة^(١) .

٢٥٥ — وجاء في المفتى : متى أُنِىَ المطالبة عن وقت العلم لنير عذر بطلت شفعتها ، وان أُنِىَها لعذر ، مثل أن يعلم ليلا فيؤخره الى الصبح ، أو لشدة جوع أو عطش حتى يأكل ويشرب ، أو لطهارة ، أو اغلاق باب ، أو ليخرج من الحمام ، أو ليؤذن ويقم ويأتى بالصلاة وستنها ، أو ليشهدها في جماعة يخاف قوتها ، لم تبطل شفعتها ، لأن العادة تقديم هذه الحوائج على غيرها ، فلا يكون الاشتغال بها رضا بترك الشفعة ، الا أن يكون المشتري حاضرا عنده في هذه الأحوال فيمكنه أن يطالبه من غير اشتغاله عن أشغاله ، فان شفعتها تبطل بتركه المطالبة ، لأن هذا لا يشغله عنها ولا تشغله المطالبة عنه ، فأما مع غيبته فلا ، لأن العادة تقديم هذه الحوائج ، فلم يلزمه تأخيرها ، كما لو أمكنه أن يسرع في مشيه أو يحرك دابته فلم يفعل ومضى على حسب عادته لم تسقط شفعتها ، لأنه طلب بحكم العادة . واذا فرغ من حوائجه مضى على حسب عادته الى المشتري ، فاذا لقيه بدأ بالسلام ، لأن ذلك السنة ، وقد جاء في حديث « من بدأ بالكلام قبل السلام فلا تحيوه » ، ثم يطالب . وان قال بعد السلام بارك الله لك في صفقة يمينك أو دعا له بالمغفرة ونحو ذلك لم تبطل شفعتها ، لأن ذلك يتصل بالسلام ، فيكون من جلته ، والدعاء له بالبركة في الصفقة دعاء لنفسه ، لأن الشقص يرجع اليه فلا يكون ذلك رضا . وان اشتغل بكلام آخر أو سكت لنير حاجة بطلت شفعتها^(٢) .

٢٥٦ — وان أُنِىَ الشفع طلب للمواثبة بطلت شفعتها ، ولو كان جاهلا نبوت الطلب له . قال في الخانية رجلان ورثا أجرة ، وأحدهما لم يعلم بالميراث ، فبيعت أجرة بمجنبها ، فلم يطلب الشفعة ، فلما علم أن له نصيبا طلب الشفعة في البيعة ، قالوا تبطل شفعتها ، لأن شرط تأكد الشفعة طلب المواثبة عند العلم

(١) البائع ٥ ص ١٨ .

(٢) المفتى ٥ ص ٤٧٩ .

بالبیع ، فاذا لم يطلب ، والجمل ليس بعذر ، فلا تبقى له الشفعة ^(١) .

٢٥٧ - هل بشرط الاشهاد - الاشهاد ليس بشرط لصحة

الطلب ، حتى لو طلب على الموائبة ولم يشهد صح طلبه فيما بينه وبين الله سبحانه وتعالى . وانما الاشهاد للاظهار عند الخصومة على تقدير الانكار ، لأن من الجائز أن المشتري لا يصدق الشفيع في الطلب ، أو لا يصدق في القور ، ويكون القول قوله ، فيحتاج الى الاظهار بالبينه عند القاضى على تقدير عدم التصديق ، لأنه شرط صحة الطلب .

واذا طلب على الموائبة فإن كان هناك شهود أشهدهم وتوثق الطلب ، وإن لم يكن بمحضرتة من يشهده فبعث في طلب شهود لم تبطل شفעתه ، لما تقدم من أن الاشهاد لاظهار الطلب عند الحاجة ، لكن يصح الاشهاد على الطلب على رواية القور ، فبطلت الشهادة على القور ضرورة ، وعلى رواية المجلس اذا قال وهو في المجلس ادعوا الى شهودا أشهدهم فجاء الشهود فأشهدهم صح وتوثق الطلب لأن المجلس قائم ^(٢) .

٢٥٨ - كيف الطلب - اختلفوا في لفظ طلب الموائبة ، والصحيح أنه

يصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة في الحال ^(٣) .

(١) سليم باز على المادة ١٠٣٢ من المجلة .

وقد جاء في المتن : وإن لقيه الشفيع في غير بلده ، فلم يطالبه ، وقال إنما تركت المطالبة لأطالبه في البلد الذي فيه البيع أو المبيع أو لأخذ الشفيع في موضع الشفعة سقطت شفעתه ، لأن ذلك ليس بعذر في ترك المطالبة ، فانها لا تنف على تسليم الشفيع ولا على حضور البلد الذي هو فيه . وإن قال نسيت فلم أذكر المطالبة ، أو نسيت البيع ، سقطت شفעתه ، لأنها خيار على القور ، فاذا أخره نسيانا بطل كالرد باليب . ويحتمل ألا تسقط المطالبة لأنه تركها لغف ، فاشبه ما لو تركها لعدم علمه بها . وإن تركها جهلا باستحقاقه لها بطلت كالرد باليب (المتن • ص ٤٨٢) .

(٢) البائع • ص ١٧ - ١٨ .

(٣) شرح المجلة لسليم باز على المادة ١٠٢٩ - الفتاوى الهندية • ص ١٧٢ -

الزيلي • ص ٢٤٣ .

(٢) طلب الاشهاد والتقدير

٢٥٩ - يجب على الشفيع ، بعد طلب الموائبة ، أن يشهد ويطلب التقدير ^(١) .

وانما يحتاج الى طلب الموائبة ثم الى طلب الاشهاد بعده اذا لم يمكنه الاشهاد عند طلب الموائبة ، بأن سمع الشراء حال غيبته عن المشتري والبائع والدار . أما اذا سمع عند حضرة هؤلاء الثلاثة ، وأشهد على ذلك ، فذلك يكفيهم ويقوم مقام الطلبين ^(٢) .

٢٦٠ - كيفية الطلب - البيع اما أن يكون في يد البائع ، واما أن يكون في يد المشتري :

فان كان في يد البائع ، فالشفيع بالخيار ، ان شاء طلب من البائع ، وان شاء طلب من المشتري ، وان شاء طلب عند الدار . أما الطلب من البائع والمشتري فلأن كل واحد منهما خصم ، البائع باليد ، والمشتري بالملك ، فكان كل واحد منهما خصما ، فصح الطلب من كل واحد منهما . وأما الطلب عند الدار فلأن الحق متعلق بها . فان سكت عن الطلب من أحد المتبايعين وعند الدار مع القدرة عليه بطلت شفيعته ، لأنه فرط في الطلب .

وان كان في يد المشتري فان شاء طلب من المشتري وان شاء عند الدار ، ولا يطلب من البائع لأنه خرج من أن يكون خصما لزوال يده ولا ملك له ،

(١) المجلة المائدة ١٠٣٠ .

(٢) كذا في خزانة المفتين - الفتاوى الهندية ٥ ص ١٧٣ - الزيلعي ٥ ص ٢٤٤ . وقد جاء في المادة ١١٩ من مرشد الحيران : « طلب التقدير هو أن يعهد الشفيع على البائع ، ان كان القار المبيع في يده ، أو على المشتري ، وان لم يكن القار في يده ، أو عند المبيع ، بأنه طلب ويطلب فيه الشفعة الآن . والمدة الفاصلة بين هذا الطلب والطلب الأول مقدرة بالتمكن منه . فان تمكن بكتاب أو رسول ولم يعهد بطلت شفيعته ، وأن لم يتمكن منه فلا تسقط . وان أشهد الشفيع في طلب الموائبة عند أحد من هؤلاء المذكورين كفاه ذلك الاشهاد ، مقام الطلبين » .

فصار بمنزلة الأجنبي . ولو لم يطلب من المشتري ، ولا عند الدار ، وشخص الى البائع للطلب منه والاشهاد ، بطلت شفعته ، لوجود دليل الاعراض ، وفي الحقيقة لوجود دليل الرضا .

ولو تعاقد البائع والمشتري في غير الموضع الذي فيه الدار فليس على الشفيع أن يأتيهما ، ولكنه يطلب عند الدار ويشهد عليه ، لأن الشفيع اذا كان بمجنب الدار والعاقدان غائبان تعينت الدار للطلب عندها والاشهاد . فان لم يطلب عندها وشخص الى العاقدين بطلت شفعته لوجود الاعراض عن الطلب .
هذا اذا كان قادرا على الطلب من المشتري أو البائع أو عند الدار . فاما اذا كان هناك حائل ، بأن كان بينهما نهر مخوف أو أرض مسبعة أو غير ذلك من الموانع ، لا تبطل شفعته بترك الموائبة الى أن يزول الحائل ^(١) .

٢٦١ — وقد اختلفت عبارات المشايخ في صورة الطلب . فمن محمد بن مقاتل الرازي أن الشفيع يقول طلبت الشفعة وأطلبها وأنا طالبها .
وعن محمد بن سلمة أنه يقول طلبت الشفعة فحسب .

وعن الققيه أبي جعفر الهندواني أنه لا يراعى فيه ألقاظ الطلب ، بل لو أتى بلفظ يدل على الطلب ، أى لفظ كان ، يكفي ، نحو أن يقول ادعيت الشفعة أو سألت الشفعة ونحو ذلك مما يدل على الطلب ، وهو الصحيح ، لأن الحاجة الى الطلب ومعنى الطلب يتأدى بكل لفظ يدل عليه ، سواء كان بلفظ الطلب أو بغيره ^(٢) .

وعن أبي يوسف أنه يشترط تسمية المبيع وتحديدده ، لأن مطالبة غير معلوم لا تصح ، فاذا لم يبين المطلوب لم يكن للمطالبة اختصاص بالمبيع ، فلم يكن لها حكم حتى يتبين المطلوب ^(٣) .

(١) البائع • ص ١٨ .

(٢) البائع • ص ١٩ .

(٣) الزيلعي • ص ٢٤٤ .

وقد جاء في المادة ١٠٣٠ من المجلة : « على الشفيع بعد طلب الموائية أن يشهد ويطلب التقرير والاشهاد . وهو أن يقول في حضور رجلين أو رجل وامرأتين عند المبيع ان فلانا قد اشترى هذا العقار ، أو عند المشتري أنت قد اشتريت العقار الفلاني ، أو عند البائع ان كان العقار موجودا في يده أنت قد بعت عقارك وأنا شفيعه بهذه الجهة ، وكنت طلبت الشفعة والآن أطلبها اشهدا . وان كان الشفيع في محل بعيد ولم يمكنه طلب التقرير والاشهاد بنفسه على هذا الوجه يوكل آخر ، وان لم يجد وكلا أرسل مكتوبا » .

٢٦٢ - صفة طلب التقرير والاشهاد — ليس لطلب التقرير والاشهاد مدة معلومة ، بل مدته مقدرة بمدة التمكن من الاشهاد . وفي المنح اذا كان الشفيع في طريق مكة ، فطلب طلب الموائية ، وعجز عن طلب الاشهاد عند الدار أو عند صاحب اليد ، يوكل وكلا ان وجد ، فان لم يجد يرسل رسولا أو كتابا ، فان لم يجد فهو على شفيعته ، فاذا حضر طلب ، وان وجد ولم يفعل بطلت شفيعته . وفي الهندية الشفيع اذا علم بالليل ولم يقدر على الخروج والاشهاد فان أشهد حين أصبح صح (١) .

٢٦٣ - هل يشترط الاشهاد على الطلب؟ — الاشهاد على هذا الطلب ليس بشرط لصحته ، كما ليس بشرط لصحة طلب الموائية ، وانما هو لتوثيقه على تقدير الإنكار ، كما في الطلب الأول . وكذا تسمية المبيع وتحديدده ليس بشرط لصحة الطلب والاشهاد في ظاهر الرواية . وروى عن أبي يوسف أنه شرط ، لأن الطلب لا يصح الا بعد العلم ، والعقار لا يصير معلوما الا بالتحديد ، فلا يصح الطلب والاشهاد بدونه (٢) .

(١) شرح المجلة للشمس لبيز على المادة ١٠٢٢ .

(٢) البدائع ٥ ص ١٨ — راجع أيضا نيفة ٢٦١ .

(٣) طلب الخصومة والتملك^(١)

٢٦٤ — طلب الخصومة والتملك هو أن يطلب ويدعى الشفيع في حضور القاضى بعد طلب التقرير والاشهاد^(٢) ، فهو المرافعة الى القاضى ليقضى له بالشفعة^(٣) .

٢٦٥ — مصادره — رأى الامام أبى حنيفة عدم التقيد بمدة معينة . فالشفيع اذا أتى بطلين صحيحين استقر الحق على وجه لا يبطل بتأخير المطالبة بالأخذ بالشفعة أبدا حتى يسقطها بلسانه . وهذه هى أيضا إحدى الروايتين عن أبى يوسف . وهو ظاهر المذهب ، وعليه الفتوى . كذا فى الهداية^(٤) . وفى رواية أخرى قال اذا ترك الخصمة الى القاضى فى زمان يقدر فيه على الخصامة بطلت شفيعته ولم يؤقت فيه وقتا ، وروى عنه أنه قدره بما يراه القاضى . وقال محمد وزفر اذا مضى شهر بعد طلب التقرير ولم يطلب من غير عنده بطلت شفيعته ، وإن أخره بمذمر مقبول ، ككونه فى ديار أخرى أو لحبس أو جنون فلا تسقط . والفتوى على قولها ، كذا فى محيط السرخسى^(٥) . وهو رواية عن أبى يوسف أيضا^(٦) .

ووجه قول محمد وزفر أن حق الشفعة ثبت لدفع الضرر عن الشفيع ، ولا يجوز دفع الضرر عن الانسان على وجه يتضمن الاضرار بشيئه ، وفى ابقاء هذا الحق بعد تأخير الخصومة أبدا اضرار بالمشتري ، لأنه لا يبنى ولا يفرس خوفا من النقص والقلم ، فيتضرر به ، فلا بد من التقدير بزمان لئلا يتضرر به ، فقدّر

(١) ومما يعضمهم طلب الأخذ والتملك (الزيلعى • ص ٢٤٤) ، أو طلب الخصومة ، أو طلب الاستحقاق (حاشية الشلبي على الزيلعى • ص ٢٤٤) .

(٢) المجلة للمادة ١٠٣١ — مرشد الحيران للمادة ١٢٠ .

(٣) الفتاوى الهندية • ص ١٧٣ .

(٤) الفتاوى الهندية • ص ١٧٣ .

(٥) الفتاوى الهندية • ص ١٧٣ .

(٦) البدائع • ص ١٩ .

وفى رواية عن محمد أنه قدره بثلاثة أيام ، لأن هذه المدة هى التى ضربت لابتداء الأعذار كإكمال الخصم للدفع والدين للقضاء (الزيلعى • ص ٢٤٤) .

بالشهر لأنه أدنى الآجال ، فإذا مضى شهر ولم يطلب من غير عذر فقد فرط في الطلب فتبطل شفته .

ووجه قول أبي حنيفة أن الحق للشفيع قد ثبت بالطلين ، والأصل أن الحق متى ثبت لانسان لا يبطل الا بإبطال ولم يوجد ، لأن تأخير المطالبة منه لا يكون ابطلا ، كتأخير استيفاء القصاص وسائر الديون . وقوله يتضرر المشتري ممنوع ، فانه اذا علم أن للشفيع أن يأخذ بالشفعة فالظاهر أن يتمتع من البناء والغرس خوفا من النقص والقلع ، فلتن فعل فهو الذي أضر بنفسه ، فلا يضاف ذلك الى الأخذ بالشفعة ، ولهذا لم يبطل حق الشفعة بقبية الشفع ، ولا يقال ان فيه ضررا بالمشتري بالامتناع من البناء والغرس لما تقدم كذا هذا ^(١) .

٢٦٦ — كيفية الطلب — الخصم للشفيع هو المشتري وحده اذا حصل تسليم المبيع اليه ، وقبل التسليم يكون خصمه كل من المشتري والبائع (المشتري لأنه هو المالك والبائع لكونه واضع اليد) ^(٢) . فاذا كان المبيع في يد البائع وترافع الشفع مع فلا تسمع البيئة عليه حتى يحضر المشتري ^(٣) .

وصورة هذا الطلب ، كما جاء في شرح المجلة لسليم باز على المادة ١٠٣١ ، أن يقول الشفع اشترى فلان دار كذا وأنا شفيعها بسبب كذا فره يسلم الدار الى ، وهذا لو كان قد قبضها المشتري ، أما لو كانت في يد البائع فيطلب أن يأمر البائع بتسليمها ، غير أنه يشترط حينئذ حضور المشتري في الدعوى (تنوير) ،

(١) البدائع ٥ ص ١٩ .

وقد جاء في المادة ١٢٠ من مرشد الميران : طلب التملك هو طلب الخاصة والرافعة عند القاضى ، فاذا أخره الشفع بعد طلب الموائبة والتحرير شهرا واحدا بلا عذر بطلت شفته ، وإن أخره بمنز مقبول فلا تسقط .

راجع أيضا المادة ١٠٣٤ من المجلة .

(٢) مرشد الميران المادة ١٢٢ .

(٣) مرشد الميران المادة ١٢٣ — الفتاوى الهندية ٥ ص ١٧٣ .

وان كان المشتري قد أدى الثمن الى البائع فيقضى بالثمن للمشتري والعهد عليه، والا فيقضى به للبائع والعهد عليه (هندية) . والراد بالعهد حقوق القعد كضمان الدرك وتسليم العقار والصك القديم (طحطاوى) . وان اشترى الوكيل بالشراء والعقد باق في يده فهو الخصم في الدعوى ، لأن حقوق القعد له والتسليم بالشفعة منها ، ولكنه يشترط حضور المشتري فيقضى بتسليم الشفوع على الوكيل وبدفع الثمن له (مجمع الأنهر) ^(١) .

واذا تقدم الشفيع وادعى الشراء وطلب الشفعة عند القاضى سأل القاضى المدعى عليه ، وهو المشتري ، عن الدار التى يشفع بها الشفيع ، هل هى ملك الشفيع أم لا ، فان أقر بأنها ملكه ، أو أنكر ونكل عن اليمين ، أو أقام الشفيع بينة أنها ملكه ، سأل القاضى المشتري عن الشراء ، فيقول له هل اشتريت أم لا ، فان أقر بأنه اشترى ، أو نكل عن اليمين ، أو أقام الشفيع بينة ، قضى بالشفعة لثبوته عنده ^(٢) .

فى القانون

٢٦٧ — قد رأينا فيما سبق أنه فضلا عما فى حق الشفعة من مخالفة جسيمة لمبدأ حرية التعاقد ، فانه ينجم عنه مضار كثيرة . فحق ملكية المشتري يخضع لحالة عدم استقرار قد تدوم طويلا . ولذلك كان على الشارع أن يتدخل لينقص المدة التى قد تستغرقها هذه الحالة الى أقل حد ممكن . وقد ألزم القانون الشفعاء بابداء رغبتهم فى استعمال حقهم فى مدة محدودة ، كما فى الشريعة . وأجاز للمشتري أن يدعو من له الشفعة ليبدى رأيه فى المدة المحدودة . وقصر الحد كبير الاجراءات ، مقررًا وجوب نظر دعوى الشفعة على وجه السرعة ، وأورد مواعيد يسقط باقتضاها حق الشفيع .

وهناك أشخاص قد يتعاملون مع المشتري ، كالدائنين المرتهنين ، ومن تقرر لهم حقوق عينية على العقار الشفوع ، ومن يجوزون العقار من المشتري ،

(١) راجع الفتاوى الهندية • ص ١٧٣ .

(٢) الزيلعى • ص ٢٤٤ — ٢٤٥ .

بمقابل أو بنير مقابل ، وقد جاء الشارع بأحكام خاصة بهم ، قرر قانون الشفعة تسجيل اعلان الرغبة ، كما قرر تسجيل حكم الشفعة ، مرتبا على ذلك بعض الأحكام .

على أنه ليس من الضروري اتخاذ الاجراءات المقررة للشفعة ، قد يحصل الشفيع على حقه بالاتفاق مع المشفوع منه والبائع . وحتى بعد أن يعلن الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة يمكنه الوصول الى حقه بالتراضى .

وستكلم تفصيلا فيما يلى فى الاجراءات التى يحتتمها قانون الشفعة .

٢٦٨ — بمقتضى قانون الشفعة يجب على الشفيع مراعاة ما يأتى :

أولا — اعلان رغبته فى الشفعة .

ثانيا — رفع الدعوى .

أولا — اعلان رغبة الشفيع

٢٦٩ — نصت المادة ١٤ من قانون الشفعة على أنه :

« Celui qui voudra exercer le droit de préemption devra en faire la déclaration par un acte d'huissier signifié tant au vendeur qu'à l'acheteur. Cet acte contiendra l'offre du prix et de ses légitimes accessoires.

Pour produire ses effets au regard des tiers, cet acte devra être transcrit au bureau des hypothèques du tribunal mixte de la situation des biens.

S'il s'agit d'une affaire entre indigènes, il suffira que la dite transcription se fasse

» يجب على من يرغب الأخذ بالشفعة أن يعلن للبائع والمشتري طلبه لها كتابة على يد محضر ، ويكون هذا الاعلان مشتملا على عرض الثمن وملحقاته الواجب دفعها قانونا .

ولأجل أن يكون هذا الاعلان حجة على النير يجب تسجيله فى قلم رهونات المحكمة المختلطة الكائن بدائرتها العقار .

واذا كانت الشفعة بين وطنيين يكتفى باجراء هذا التسجيل بقلم كاتب

au greffe du tribunal indigène de première instance de la situation de l'immeuble à préempter; mais ce tribunal devra en transmettre copie au bureau hypothécaire du tribunal mixte de la situation de l'immeuble pour y être transcrite d'office. C'est à partir de cette dernière transcription seulement que la déclaration produira ses effets au regard des tiers de nationalité étrangère.

Les dispositions du présent article, relatives à la transcription de la déclaration et à ses effets, seront applicables à la transcription du jugement de préemption prévu à l'article 18 ci-après ».

« 2° Si la personne ayant le droit de préemption n'a pas déclaré son intention de l'exercer dans les quinze jours à partir du moment où elle a eu connaissance de la vente ou de la date de la mise en demeure qui lui aurait été signifiée, soit par le vendeur, soit par l'acquéreur.

Ce délai de quinze jours sera augmenté du délai de distance, s'il y a lieu ».

فبمقتضى النصوص المتقدمة يجب مراعاة الشروط الآتية في اعلان الرغبة :

(١) اعلان طلب الشفيع كتابة على يد محضر .

الحكمة الابتدائية الأهلية الكائن بدائرتها العقار المطلوب أخذه بالشفعة . وعلى هذه المحكمة أن تبعث بصورة منه الى قلم رهونات المحكمة المختلطة الكائن بدائرتها العقار لتجرى تسجيله من تلقاء نفسها . ولا يكون هذا الاعلان حجة على الغير من تبعه الول الأجنبية الا من تاريخ هذا التسجيل الأخير .

ونصوص هذه المادة المختصة بتسجيل الطلب وما يترتب عليه تسرى على تسجيل حكم الشفعة المنصوص عنه في المادة الثامنة عشرة الآتى ذكرها .

وجاء في المادة ١٩ أن حق الشفعة يسقط :

« ... ثانيا — اذا لم يظهر الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة في ظرف ١٥ يوما من وقت علمه بالبيع أو من وقت تكليفه رسميا بابداء رغبته سواء كان بناء على طلب البائع أو بناء على طلب المشتري .

ويزاد على المدة عند الاقتضاء ميعاد المسافة » .

(٢) اعلان البائع والمشتري .

(٣) عرض الثمن وملحقاته .

(٤) أن يكون الاعلان في ظرف خمسة عشر يوما من وقت العلم بالبيع .

(١) الاعلان كتابة على يد محضر

٢٧٠ — نصت المادة ١٤ على أنه يجب على من يرغب الأخذ بالشفعة

أن يعلن للبائع والمشتري طلبه لها كتابة على يد محضر .

ولكن المادة لم تنص على حكم عدم مراعاة ذلك . وقد اختلف الشراح ، وكذلك الأحكام .

٢٧١ — رأى الشراح — يرى فحى زغلول باشا أنه يجوز أن يكون

الاعلان غير رسمي ، ولو بخطاب في البريد ، والأولى أن يكون الاعلان رسميا ، لما في اتباع غير هذه الطريقة من مشاق الاثبات ^(١) .

وهذا هو رأى دى هلنس أيضا ^(٢) .

وهو رأى الأستاذ عبد السلام ذهني بك ، الذي يقرر « ان تشدد القانون في جعل اظهار الرغبة على يد محضر تشدد لا مبرر له ، وربما لاحظ هذا التشدد تناديا من صعوبة أو استحالة الاثبات عند النزاع في حصول اظهار الرغبة ، وما دام أن الشارع لم يقرر جزاء لشرط حصول الرغبة على يد محضر ، وهو البطلان ، فاذا حصل بواسطة خطاب أو إشارة بريدية ، صح اظهار الرغبة ^(٣) » . ويرى عكس هذا الرأي مسيو فورجير ^(٤) .

وكذلك زكى المرابي (باشا) ، اذ يقول : ويظهر من عبارة المادة أنه

لا يجوز اثبات ابداء الطلب في الميعاد المقرر الا بطريق الاعلان على يد محضر .

(١) ص ٩٢ — ٩٣ .

(٢) نبذة ١١٨ .

(٣) « في الأموال » نبذة ٥٤٠ .

(٤) ص ٣٢١ .

ولا يجوز اثبات ذلك بالينة مهما قلت قيمة العقار المشفوع عن ألف قرش^(١) .

٢٧٢ - رأى الأعظم - قررت محكمة أسبوط الابتدائية أن

الشارع لم ينص على البطلان أو سقوط الحق في حالة عدم قيام الشفيع بالاجراء المنصوص عليه بالمادة الرابعة عشرة من قانون الشفعة ، كما فصل ذلك في المادتين الخامسة عشرة والتاسعة عشرة^(٢) .

وبذلك حكمت أيضا محكمة الاستئناف الأهلية^(٣) مقررة أنه لا يترتب على اعلان الرغبة للبائع أى بطلان .

وقررت محكمة الاسكندرية الابتدائية أن الفقرة الثانية من المادة ١٩ من د كرتو الشفعة لم تنص على كيفية اظهار الرغبة ولا على الأشخاص الذين يجب أن يخطروا ، لذلك كان من التصسف فرض قيود وتكاليف لم يحوها نص المادة الصريح ، والقول بأن الخروج عنها يترتب عليه سقوط حق الشفيع ، بل يتحتم أمام النص الصريح للفقرة الثانية من المادة ١٩ القول بصحة اجراء اظهار الرغبة حتى لو كان بورقة غير رسمية ، كخطاب ، وسواء أخطر بهذه الرغبة البائع أو المشتري^(٤) .

(١) نبذة ٩٨ من ٦٠ .

(٢) أسبوط الابتدائية ٢٢ ديسمبر ١٩٣٠ (دائرة القضاة أحمد حسني وحسن محمد سعودي ومصطفى عبد ربه) المحاماة ١١ رقم ٤٤١ من ٨٥٧ مجموعة ناصر ٤٧١٩ .

(٣) استئناف ٧ مارس ١٩٢٩ (دائرة محمد فهمي حسين بك و اتري أبو الزبك ومحمود المرجوشي بك) المحاماة ٩ رقم ٣٠٩ من ٥١٤ الجدول المصري الأول للمحاماة رقم ١٠٤٧ مجموعة ناصر ٤٧٤٦ .

(٤) الاسكندرية الكلية ١٧ ديسمبر ١٩٢٩ (دائرة القضاة عبد الحميد عمر وشاحي ومحمد صادق وعبد العزيز محمد) المحاماة ١٠ رقم ٢٩٠ من ٥٨١ الجدول المصري الأول للمحاماة رقم ١٠٤٩ مجموعة ناصر ٤٧٤٥ . وجاء في أسباب الحكم :

وحيث ان الفقرة الثانية من المادة التاسعة عشرة من قانون الشفعة تنص على أن حق الشفيع يسقط « اذا لم يظهر رغبته في الأخذ بالشفعة في ظرف ١٥ يوما من وقت علمه بالبيع » ، ولم يرد بها كيفية اظهار الرغبة ولا الأشخاص الذين يجب أن يخطروا بها ، لذلك كان من —

وقضت بعض الأحكام المختلطة بأنه يكفي أن يكون الاعلان بخطاب في البريد ، وخصوصا اذا حصل الاخطار الى الشفيع عن البيع بهذه الكيفية ، وليس للقاضي أن يقضى بالبطلان ، لأن البطلان الخاص بالشكل وسقوط الحق déchéance لا يمكن أن يقرر الا بموجب نص صريح في القانون ^(١) .

ولكن حكما آخر مختلطا قرر أن الخطاب لا يقوم مقام الاعلان على يد محضر ^(٢) .

وقررت محكمة طنطا الابتدائية ^(٣) أن المادة ١٤ من قانون الشفعة فرضت على الشفيع ، بطريق الالتزام ، أن يعلن البائع والمشتري طلبه الأخذ بالشفعة كتابة على يد محضر . ومتى كان جميع الخصوم في الدعوى وطنيين ، فالأصل أن تكون أوراق المحضرين التي يعلتها بعضهم الى بعض حاصلة على يد محضرين خاضعين لأحكام المحاكم الأهلية ، ومحردة باللغة العربية التي هي اللغة الرسمية للبلاد في حق الوطنيين ، وأنه ان أمكن التجاوز عن القيد الأول ، والقول بصحة

— التصف فرض قيود وتكاليف لم يحوها نص المادة الصريح ، والقول بأن الخروج عنها يترتب عليه سقوط حق الشفيع ، بل يستتم أمام النص الطليق للفقرة الثانية من المادة ١٩ القول بإجراء اظهار الرغبة حتى لو كان بورقة غير رسمية بخطاب . وسيان أخطر بهذه الرغبة البائع أو المشتري ، ولا محل للدعاء بأن المادة ١٤ تحتم عرض الثمن بإعلان على يد محضر لكل من البائع والمشتري ، اذ ظاهر أن هذه المادة لم تنص على جزاء اغفال هذا الاجراء . والواقع أن اغفال اجراء العرض كلية للبائع والمشتري لا يترتب عليه الا الزام الشفيع بمصاريف دعوى الشفعة اذا سلم المشفوع منه بأحقية الشفيع لها . وبمراجعة النصوص في مادة الشفعة يتضح منها أن حق الشفيع لا يسقط بسبب تصغير في الاجراءات الا اذا لم يظهر رغبته بأية طريقة في بحر ١٥ يوما من علمه بالبيع أو من تكليف البائع أو المشتري بإبداء هذه الرغبة ، أو عدم رفضه دعوى الشفعة على البائع والمشتري في ظرف ثلاثين يوما من تاريخ اظهار الرغبة ، أو على العموم قبل مضي ستة شهور من تسجيل عقد البيع .

(١) استئناف مختلط ١٤ يونيو ١٩٠٦ (١٨ ص ٣٢٧) — راجع أيضا ٦ فبراير ١٩١٧ (٢٩ ص ١٩٩) .

(٢) استئناف مختلط ٢٢ مايو ١٩٠٢ (١٤ ص ٣١٢) .

(٣) ١٤ يونيو ١٩١٨ (دائرة القضاة مصطفى النحاس وحسن رفعت ويوسف مينا) الحقوق ٣٤ ص ٢١١ .

الاعلان الذى يصدر على يد محضر من جانب المحكمة المختلطة ، لأنه موظف مصرى ، فلا يمكن التجاوز عن القيد الثانى ، وهو أن يكون الاعلان محررا باللغة العربية أو مترجما اليها ، اذ أن ذلك واجب فى حق الوطنيين ، حتى أمام المحاكم المختلطة ، التى حتم منشور الاستئناف المختلط الصادر فى ٢٢ فبراير سنة ١٨٧٦ (غمرة ٤٧ أورفانلى بند ٤١٣) ترجمة الأوراق متى كان بين الخصوم وطنيون ، وقد يكتفى بتلخيص الورقة باللغة العربية ، وتوضع الترجمة عادة على الهامش . فاعلان طلب الشفعة الذى يكون بين وطنيين اذا لم يكن مرسلا على يد أحد محضرى المحكمة الأهلية ، ومحررا باللغة العربية ، يكون لا قيمة قانونية له ، وكأنه لم يحصل .

٢٧٣ - رأينا - ونحن من رأى الأخير ، لأن نص للمادة ١٤ صريح فى وجوب أن يكون الاعلان للبائع والمشتري ، كتابة على يد محضر ، وأن يكون مشتلا على عرض الثمن وملحقاته ، فلا يكفي أن يكون بخطاب ، ولم ينص الشارع فى المادة ١٤ على البطلان اكثفاء بالمادة ١٩ التى تقول ان حق الشفعة يسقط « اذا لم يظهر الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة فى ظرف ١٥ يوما من وقت علمه بالبيع أو من وقت تكليفه رسميا بإبداء رغبته » ، واظهار الرغبة يكون كما تقضى بذلك المادة ١٤ باعلان كتابى على يد محضر للبائع والمشتري ، وأن يكون مشتلا على عرض الثمن وملحقاته . فاذا لم يحصل بهذه الكيفية فى المدة المينة يسقط حق الشفيع فى الشفعة .

(٢) وجوب اعلان البائع والمشتري

٢٧٤ - يجب أن يملن طلب الأخذ بالشفعة الى البائع والمشتري ، فان كان لأحدهما فقط كان باطلا (١) .

(١) فتحى زغلول باشا ص ٩٣ .

استئناف ٤ مايو ١٩٢٥ (دائرة عطية حتى باشا وعبد العزيز محمد بك ومراد وهبة بك) —

واعلان طلب آخر بعد مضي الميعاد على العلم بالبيع يعتبر متأخرا ، ويسقط حق الأخذ بالشفعة ^(١) .

وليس من الواجب على طالب الشفعة انذار البائع والمشتري باعلان واحد ^(٢) .
وقد حكم بأن البائع القيم خارج القطر ككل بائع لا مصلحة له في دعوى الشفعة ، فاذا أعلن الشفيع طلب الشفعة لو كمل البائع ، الذى وقع العقد نيابة عنه ، كان الاعلان كافيا لسريان المواعيد القانونية في مادة الشفعة ^(٣) .

٢٧٥ — المعلن غير لازم اذا رفعت الدعوى في ميعاده —

ليس الاعلان واجبا اذا رفعت دعوى الشفعة في ظرف الخمسة عشر يوما المقررة للاعلان ، لأن القانون لم ينص على بطلان دعوى الشفعة اذا لم يعمل اعلان اظهار الرغبة بورقة مستقلة ، وسابقة على اعلان دعوى الشفعة . ولا شيء بالقانون يلزم الشفيع بأن يفصل بين انذار ابداء الرغبة وبين صحيفة الدعوى ، وألا يجمع بينهما ، وأن ينتظر جميع المدة المصرح له فيها باقامة الدعوى ، بل بالعكس ترمى روحه الى الزام الشفيع بالسرعة في التقاضى . فمن الجائز اذن الاقتصار على اظهار الرغبة في ذات اعلان الدعوى ، أى أن الاعلان المذكور يقوم في هذه الحالة

= المحاماة ٦ رقم ٢٠ ص ٢٣ الجدول المشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٤٢ .

قارن ما تقدم نبذة ٢٧٢ .

راجع بخصوص المحل الذى يوجب القانون صحة الاعلان فيه :

استئناف ٨ ديسمبر ١٩٣١ المجموعة ٣٣ رقم ٩٢ ص ١٧٤ — وما سيجيء نبذة ٣٢٤ —

واستئناف مختلط أول فبراير ١٩٢٧ (٣٩ ص ٢٠٥) .

(١) استئناف ٤ مايو ١٩٢٥ (دائرة المستشارين عطية حسي باشا وعبد العزيز محمد بك ومراد وهبة بك) المحاماة ٦ رقم ٢٠ ص ٢٣ مجموعة ناصر ٤٧٢٠ .

(٢) استئناف ١٢ يناير ١٩٠٤ (دائرة محي ابراهيم بك ومستر ويلور ومستر كوجلان) الاستقلال ٣ رقم ٦٥ ص ٢٦ .

(٣) استئناف مختلط ١٨ يناير ١٩٢٧ (٣٩ ص ١٧١) المحاماة ٨ رقم ٤٠٦ ص ٦١٤
الجدول المشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٣٦ .

مقام طلب اظهار الرغبة ، ما دام مستكلاً لجميع محتويات اعلان الرغبة ، وما دام مقدماً في الميعاد ^(١) .

وانما اذا أذعن المشتري ، بعد اعلان الدعوى التي جمعت بين ابداء الرغبة والتكليف بالحضور ، الى طلب الشفعة ، فهذا يغني الشفيع عن قيد الدعوى . فان تسرع وقيدها قبل معرفة قبول المشتري وجب أن تلقى عليه مسئولية زيادة المصاريف ، اذا ثبت أن المشتري لم يكن متوقفاً عن التسليم بطلبه ^(٢) .

(٣) عرض الثمن وملحقاته

٢٧٦ — يجب أن يكون اعلان الرغبة مشتملاً على عرض الثمن وملحقاته الواجب دفعها قانوناً (المادة ١٤ قرة أولى) .

٢٧٧ — المراد منه العرض — قد اختلفت الحاك في تفسير المراد من

(١) فتحي زغلول باشا ص ٩٣ — دى مجلس ٣ نبذة ١٢٠ ص ٣٦٤ .

ملطفاً الابتدائية ١٦ يولييه ١٩١٠ (دائرة القضاة واصف صميكة بك ومستر ألكسندر جون ويكنسونج وعلى عبد الرازق) الحقوق ٢٦ ص ١٦٩ المجموعة ١٢ رقم ٩ ص ١٩ مجموعة ناصر ١٣٠٨ .

ملطفاً الابتدائية ١٢ مايو ١٩١٧ (دائرة القضاة مصطفى النحاس وبوسف مينا وجمال الدين أباطة) المجموعة ١٩ رقم ٩ ص ٨ المحاكم ٢٩ ص ٦٩٣٠ الحقوق ٣٣ ص ١٨٠ مجموعة ناصر ١٣٠٩ .

مصر الابتدائية ٢٦ ديسمبر ١٩٢٨ (دائرة على زكي الرازي بك وعفيفي عفت بك والقاضي عبد الفتاح البشري) المحاماة ٩ رقم ٢٢٧ ص ٤٠٢ الجدول العشري الأول للسماعة رقم ١٠٤٦ مجموعة ناصر ٤٧٤٧ .

أسيوط الابتدائية ٢٢ ديسمبر ١٩٣٠ (دائرة القضاة أحمد حسني وحسن محمد سعودي ومصطفى عبد ربه) المحاماة ١١ رقم ٤٤١ ص ٨٥٧ مجموعة ناصر ٤٧٤٨ .

استئناف مخطط أول مايو ١٩٠٢ (١٤ ص ٢٧٥) ، ٦ ابريل ١٩٢٠ (٣٢ ص ٢٥٧) ، ١٠ مارس ١٩٢١ (٣٣ ص ٢٠٩) .

(٢) حكم ملطفاً الابتدائية ١٦ يولييه ١٩١٠ للتقدم .

مصر الابتدائية ٢٦ ديسمبر ١٩٢٨ للتقدم .

« المرض » الواجب القيام به في اعلان الشفعة . فمنها من رأى وجوب المرض الحقيقي . ومنها من رأى الاكتفاء بالعرض البسيط . وأصدرت محكمة الاستئناف الأهلية أحكاما متباينة في هذه المسئلة . وطرح هذا الموضوع على دوائر محكمة الاستئناف مجتمعة ، فقررت في ٢٩ مارس سنة ١٩٢٣ أنه ليس من الضروري لصحة طلب الشفعة أن يكون مصحوبا بمرض الثمن وملحقاته عرضا حقيقيا . واستقرت الأحكام على ذلك .

وكذلك اختلف الشراح في المراد من العرض . فمن رأى عبد السلام ذهني بك^(١) وزكي الراي (باشا)^(٢) وجوب المرض الحقيقي . ونحن نرى مع دي هلتس^(٣) وفورجير^(٤) وقنحى زغلول باشا^(٥) الاكتفاء بالعرض البسيط .

٢٧٨- الرأي الأول - ومرب عرصه التمه عرضا مقيقيا^(٦) - بنى

(١) « في الأموال » نبذة ٥٤٤ ص ٧٥٩ — ٧٦٤ .

(٢) نبذة ٩٥ ص ٥٦ .

(٣) نبذة ١٢٢ .

(٤) ص ٣٢٢ .

(٥) ص ٩٣ .

(٦) من هذا الرأي :

طنطا الابتدائية ٧ مايو ١٩٠٤ (دائرة محمد صالح بك وحفي ناصف بك والقاضي أحمد زكي سرور) الحقوق ١٩ ص ٩٨ .

استئناف أهلي ٢٨ مايو ١٩١١ (دائرة محمد صدقي بك ومحمد توفيق رفعت بك ومستر كالويني) المجموعة ١٢ رقم ٢٣ ص ٢٤٢ القهرست المصرية الثانية للمجموعة رقم ٩٧٢ ، المحاكم ٢٣ ص ٥٠٢٣ . وقد أيد هذا الحكم حكم الزقازيق ١٦ أغسطس ١٩١٠ (دائرة القضاة حافظ لطفي وعبد الله الطوير بك واسكندر حلمي) للنشور في المجموعة مع حكم الاستئناف .

استئناف ٢٤ ابريل ١٩١٢ (دائرة أحمد ذوالفقار بك ومستر مارشال وأمين على بك) المجموعة ١٣ رقم ١٠٨ ص ٢١٩ .

استئناف ٢٨ ابريل ١٩١٢ (دائرة محمد صدقي بك وعبد الحميد رضا بك ومستر برسيفال) —

هذا الرأي على الأوجه الآتية :

(١) أنه هو الأكثر انطباقاً على غرض الشارع في وضع قانون الشفعة ، والأكثر ملاءمة لخطّة التضييق التي تقضاها فيه ضد الشفعة ، حتى يثبت هؤلاء بالمرض الحقيقي أنهم مجدون في طلبهم ، وأنهم لا يريدون مجرد معاكسة المشتري. ومشاغله أو مجرد المتاجرة بهذا الحق ^(١) .

(٢) ان لم يكن المرض المشار اليه في قانون الشفعة هو المرض الحقيقي فلا يخلو الأمر فيه من أحد معنيين : الأول أن يكون بمعنى الإيجاب في العقود ، ويغنى عنه في هذه الحالة اعلان طلب الشفعة ، هذا فضلاً عن أن الشفعة عند ما تكون بطريق التقاضي ليست عقداً ، لأنها تملك مال بغير اذن مالكه . والثاني أن

= المجموعة ١٣ رقم ١٠٨ من ٢٢١ .

استئناف ٢١ ابريل ١٩١٣ (دائرة مستر دلبراغلو ومحمد توفيق نسيم بك وأحمد راغب بدر بك) المصنفات ١ رقم ٤٢ من ٢٨ .

استئناف ٨ مايو ١٩١٨ (دائرة محمد مجدى باشا وحسين درويش بك ومستر هيل) المجموعة ١٩ رقم ١٠٢ من ١٤٧ المحاكم ٣٠ من ٧٠٣٤ .

استئناف ٧ يناير ١٩١٩ (دائرة عبد العزيز كليل باشا ومستر كالويني وعبد الرحمن رضا بك) الحقوق ٣٥ من ١١٥ رقم ٤٧ .

ملطاً الابتدائية ٢٢ أكتوبر ١٩١٩ (دائرة عبد الحميد بدوى بك والقاضى جمال الدين أبظة وأحمد فائق بك) المحاماة ١ رقم ٢١ من ١٣٩ الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ١٠٥٠ .

استئناف ١٨ فبراير ١٩٢٠ (دائرة عبد العزيز كليل باشا ومستر مارشال ومحمد ابراهيم بك) المجموعة ٢١ رقم ١٠٦ من ١٦٩ .

ملطاً الابتدائية ١٧ مايو ١٩٢٠ (دائرة عبد الحميد بدوى بك و خليل عفت بك وصالح جعفر بك) المحاماة ١ رقم ٦٢ من ٣٤٠ الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ١٠٥١ .

استئناف ٥ فبراير ١٩٢٢ (دائرة حافظ لطفى بك ومستر كالويني وعلى سالم بك) المحاماة رقم ٢ من ١٠٠ من ٣١٥ الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ١٠٥٦ .

المرابى (باشا) من ٩٤ .

(١) أحكام ٨ مايو ١٩١٨ و ٢٤ ابريل ١٩١٢ ، ٢٨ مايو ١٩١١ للتقدمة .

يكون بمعنى الاستعداد لدفع الثمن ، ولا وجه لهذا التأويل ، لأن الاستعداد لدفع الثمن مقدر من طبيعة الشفعة ، فليس وجوده أو انقطاعه معلقا على ما يبدي الشفيع . وفوق ذلك فإن العرض بهذا المعنى ليس من الأوضاع القانونية ، اذ ليس في القانون المصرى كله ، ولا في القانون الفرنسى أو الشريعة الاسلامية ، اصطلاح قانونى اسمه العرض بمعنى الاستعداد ، والقول بأنه كذلك في قانون الشفعة مصادرة على المطلوب ^(١) .

وعلاوة على ما تقدم فإن تأويل العرض المذكور في المادة ١٤ من قانون الشفعة باظهار مجرد الاستعداد لدفع الثمن ، مع ما فيه من اخراج اللفظ عن معناه ، هو توسع لا ينطبق على قصد الشارع ، اذ هو لم يضع القانون الجديد للشفعة الا لتضييق نطاق حق الشفعة بفرض تكاليف على طالبها لم تكن مقررة من قبل . فلا يعقل أن ينطبق القانون القديم على ما يفيد وجوب دفع الثمن ويكتفى القانون الجديد بمجرد القول بالاستعداد لدفعه ، وربما عند المحاصمة والمرافعة والتحقيقات لا يوجد الثمن عند المحكوم له بالشفعة لسبب ما ، أو يترأخى في تنفيذ الحكم ، فيتعطل المشتري الأصلي عن العمل ويضعف حق تصرفه وانتفاعه بالعين المشتراة أو بالثمن فيضطرب لاتخاذ اجراءات كان في غنى عنها لو قام طالب الشفعة بمرض ثمن ما يطلب الحكم له بامتلاكه ، ولا ضرر في هذا العرض على الشفيع ما دام معتقدا صحة دعواه ، وخصوصا أن القانون قد فرض الحكم في قضايا الشفعة بوجه الاستعجال وقلل مواعيد الاجراءات وطرق الطعن فيها ^(٢) .

(٣) أن وجوب العرض الحقيقي ظاهر من حكمة الشفعة وطبيعتها ، ومن نصوص دكرينو ٢٣ مارس سنة ١٩٠١ ، فإن الشفعة اذا كانت بقضاء القاضى نزع للملكية المشتري جبرا عنه ، فإن كان الحكم بالشفعة لا يسقط الا بعد خمس عشرة سنة ، وكان لا بد لزوال أثره من التقدم أو من دعوى جديدة بفسخ البيع

(١) حكم طنطا الاجرائية ٢٢ أكتوبر ١٩١٩ للتقدم .

(٢) حكم طنطا الاجرائية ٧ مايو ١٩٠٤ للتقدم .

لعدم دفع الثمن اذا لم يتم الشفع بدفع الثمن وقت صدور الحكم ، فان هذا يجعل الشفعة نقضا شديدا لحرية التعاقد والمالك ، لأن يد الشفع بعد الحكم بالشفعة لا تبيح له حرية استعمال العقار المشفوع فيه أو التصرف فيه ، ثم هو لم يحن ذنبا في اعتراض الشفع له ومركزه في الشفعة سلبى محض ، فكيف يكلف الانتظار أو المحاصصة ان أراد أن تستقر يده ويطمئن على ملكه ، فطبيعى اذن أن يكلف الشارع الشفع عرض الثمن عرضا حقيقيا ، فاذا لم يقبله المشتري بادية الرأى وانتظر حتى صدر القضاء بالزامه كان آمنا أن يخرج من الصفقة لا له ولا عليه ، ويزداد هذا جلاء بمراجعة المادتين ٨ و ١٧ من د كريتو نزع الملكية للنفع العمومية والمادة ١٣ من د كريتو الشفعة ، فان نزع الملكية بالشراء سواء أ كان للشفعة أم للنفع العمومية يجب أن تستوفى إجراءاته ، وتنقطع آثاره بمجرد الحكم فيه نهائيا ، وذلك بالتحقق من وجود قيمة الملك المنزوع تحت يد من نزع ملكه وعدم الجائنه الى المحاصصة بها ، والمادة ١٣ تكتله لقطع ذيول الشفعة حتى لا يحتاج البائع الى مقاضاة الشفع بباقي الثمن فى الأجل الذى منحه المشتري ، فى المادة ١٤ ترميان الى غرض واحد^(١) .

(٤) أن قانون الشفعة لم يقل « عرضا حقيقيا » ، لأن العرض لا يحتمل أن يكون مجازيا ، بل ان مراد القانون بكلمة « عرض » العرض الحقيقى المصحوب بالابديع على ذمة المروض عليه ليتدبر فى صرفه وفض النزاع اذا رأى حجة لهذا العرض ، لاسيما أن ظروف الشفعة وأحوالها تؤيد هذا الاستنتاج^(٢) .

وليس هناك أهمية عظمى لعدم استعمال الشارع لفظة « حقيقى » ، لأن الشارع قد استعمل فى القانون المدنى لفظة « عطاء » بدون أن يضيف اليها

(١) حكم طنطا ٢٢ أكتوبر ١٩١٩ التقدم .

(٢) أحكام طنطا ٧ مايو ١٩٠٤ واستئناف ٢١ فبراير ١٩٢٢ واستئناف ٥ فبراير ١٩٢٢ التقدم .

لفظة « حقيقى » ، ورغما من ذلك فإن التشريع يقضى بأن يكون العطاء حقيقيا ^(١) .

ولم يثبت أن الشارع يعرف نوعا آخر من العرض كما تقدم . والاحتجاج بالمادة ١٧٥ من القانون المدنى فى غير محله ، لأن تفصيل شكل العرض جاء من أن المادة سقت لبيان حكمه من الإبراء ، أما المادة ١٤ فحاجة التحرير لا تقضى لزوما بتفصيل شكل العرض ^(٢) .

(٥) أن وجوب دفع الثمن أو علمه قبل القضاء أمر اختلف فيه أئمة الشرع الشريف ، وقد جاء فى قول محمد صاحب الامام الأعظم ما نصه : لا يقضى حتى يحضر الثمن لأن الشفيع عساه يكون مفلسا ^(٣) ، وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة .

(٦) أن الاعتراض بأن دفع الثمن ربما يستوجب حبس مبالغ جسيمة بدون فائدة لصاحبها مدة النزاع ليس بوجيه ، لأن المشتري فى استطاعته اجتناب هذا الضرر بقبول الثمن المعروض له بحسب ما هو وارد فى عقد مشتراه ، كما أن للشفيع الحق ، بعد القضاء له ، فى طلب ريع العقار المشفوع فيه من يوم المطالبة ^(٤) ، وقد نص فوق ذلك على أن الشفعة يقضى فيها على وجه السرعة ، ولم يجز القانون المعارضة فى أحكام الشفعة الفياضية ، فدل على أنه أراد أن يكون الضرر من ايداع المبلغ على أقل ما يمكن أن يكون ^(٥) .

(٧) أن وصف الشفيع بأنه مشتر محتمل ، وأنه لا يصبح مشتريا حقيقة

(١) استئناف ٢٨ مايو ١٩١٩ التقدم .

(٢) حكم طنطا الابتدائية ٢٢ اكتوبر ١٩١٩ التقدم .

(٣) جزء ٥ من حاشية ابن عابدين فى باب طلب الشفعة ص ١٤٩ .

استئناف ٢٤ ابريل ١٩١٢ ، ١٨ فبراير ١٩٢٠ .

(٤) استئناف ٢٤ ابريل ١٩١٢ .

(٥) طنطا ٢٢ اكتوبر ١٩١٩ .

الا في يوم القضاء بالشفعة ، فلا يصح الزامه بأن يدفع مقدما ثمن عين قد لا يصبح مشتريا لها ، وصف غير صحيح . أما أنه قد لا يصبح مشتريا لها فذلك ما لا تأثير له في إيجاب الدفع ما دام عدم الشراء ليس من جانبه ، وما دام لا يجوز له من جهة أخرى الرجوع في طلبه الشفعة اذا قبلها المشتري . وأما أنه مشتر تطبق عليه قواعد البيع فلا وجه له لأن الشفعة نزع للملكية وان أشبهت البيع ، ولهذا وضعت لها قواعد خاصة ، والا اكتفى الشارع بقواعد البيع ^(١) .

٢٧٩ - وقررت محكمة أسبوط الابتدائية ، أنه مع الأخذ بالرأى القائل بوجوب العرض الحقيقي ، اذا كان عقد البيع المترتب عليه حق الشفعة مطعونا فيه بالتزوير جاز للشفيع ابداع الثمن في خزانة المحكمة دون أن يعرضه على المشتري وحتى يفصل في دعوى التزوير ، ولا يطلب من الشفيع أن يصرح للمشتري بقبض الثمن فوراً مع وجود شكوى مرفوعة للنيابة عن تزوير عقد البيع كما هو محتمل من أن تحقيق هذه الشكوى يؤدي الى ثبوت التزوير والى تعريض الثمن للضياع ان كان المشتري غير مليء ^(٢) .

٢٨٠ - ابداع الثمن - يرى بعض المحاكم أن العرض الحقيقي صحيح ولو لم يقرن بايداع الثمن بادىء بدء ، لأن الايداع ليس شرطاً لصحة العرض الا بالنسبة لبراءة النمة من الدين المتعلق بها قطعاً للقوائد ومنعاً لاستحقاقها . وليس ثمن العين المشفوع فيها من ذلك في شيء ، وهو لا يترتب في ذمة طالب الشفعة الا بالحكم له بها ^(٣) .

(١) طنطا ٢٢ اكتوبر ١٩١٩ .

(٢) أسبوط الابتدائية ٢٥ ديسمبر ١٩٢٠ (دائرة سلامة ميخائيل بك والقاضي محمد توفيق الطائر والقاضي حسن توفيق) المحاماة ٢ رقم ١٠٨ ص ٣٣٩ الجدول القسري الأول للمحاماة رقم ١٠٥٣ .

(٣) بنى سوف استثنائي (دائرة القضاة محمد فؤاد حسني ومحمد عثمان القندي وعلي سري) ٣٠ مايو ١٩٢١ المحاماة ٢ رقم ٨٥ ص ٢٧١ .

وعلى ذلك عدم ايداع اثنى بخزانة المحكمة لا يجعل المرض باطلا^(١) ،
لعدم النص على البطلان ، وانما يترتب عليه الزام الشفيع بفوائد اثنى من تاريخ
المرض حتى الايداع^(٢) .

ويرى بعض آخر أنه لا بد من الايداع بعد المرض الحقيقي^(٣) .

٢٨١-الرأى الثانى - المرض الحقيقى ليس بهلزم^(٤) - يقرر

(١) استئناف مخطوط ٢٤ مارس ١٨٩٧ (٩ ص ٢١٤) .

(٢) طنطا الابتدائية ١٧ مايو ١٩٢٠ (دائرة عبد الحميد بدوى بك و خليل عفت بك
وصالح جعفر بك) المحاماة ١ رقم ٦٢ ص ٣٤٠ . مجموعة ناصر ١٢٥٠ .

(٣) استئناف مصر ٥ فبراير ١٩٢٢ (دائرة حافظ لطفي بك ومستر كالوين وعلى
سالم بك) المحاماة ٢ رقم ١٠٠ ص ٣١٥ مجموعة ناصر ١٢٥٢ .

ومن هنا الرأى أيضا عبد السلام ذهني بك فى كتابه « فى الأموال » نبذة ٤٥٥ ص
٧٦٤ .

(٤) من هذا الرأى :

استئناف أهلى ٢ ديسمبر ١٨٩٩ (دائرة قاسم أمين بك ومستر ويلهور ويوسف شوقى .
بك) المجموعة ٢ ص ١٤٢ .

استئناف ١٢ يناير ١٩٠٤ (دائرة يحيى ابراهيم بك ومستر ويلهور ومستر كوجلان)
الاستقلال ٣ رقم ٦٥ ص ٢٦ .

استئناف ١٥ مايو ١٩٠٥ (دائرة سعد زغلول بك وأحمد زيور بك وأحمد طلعت بك) .
الاستقلال ٤ ص ٤٥٤ .

استئناف ٥ يناير ١٩٠٦ (دائرة قاسم أمين بك ومستر هالتون وأحمد زيور بك) .
الحقوق ٢١ رقم ١٣٩ ص ٢٩٥ .

استئناف ٤ يونيه ١٩٠٦ (دائرة سعد زغلول بك ومستر ألتون ومستر سانو) المحاكم
١٧ رقم ١٤٨ ص ٣٧٠٩ الاستقلال ٥ ص ٣٧١ .

طنطا الابتدائية ١٠ يونيه ١٩٠٧ (دائرة بوغوص أجويان باشا و ابراهيم فريد بك
والقاضى محمود على سرور) المحاكم ٢٠ رقم ٤٤ ص ٤١٩٢ .

استئناف ١٧ يولييه ١٩٠٧ (دائرة ابراهيم وجيه بك والقاضى توفيق زاهر والقاضى
على ماهر) الاستقلال ٥ رقم ٢٠٤ ص ٤٦٧ .

هذا الرأي أن المطلوب هو اشتغال اعلان الطلب على ذكر الثمن . . وتفسير المرض هنا بإيراد الثمن وتقديمه هو خروج عن حدود النص وتحميل له بما لا يحتمل . فيكفي أن يظهر الشفع استعداده لدفع الثمن وملحقاته .
وقد ارتكن أصحاب هذا الرأي على ما يأتي :

(١) أن الشفع مشتر محتمل Acheteur éventuel ، يقره القضاء على حقه في أخذ الصفقة أولا يقره ، فهو لا يصبح مشتريا حقيقة الا من يوم حكم القضاء ، فلا محل اذن حتى من الوجهة التشريعية لالزامه بأن يدفع مقدما ثمن عين قد لا يصبح مشتريا لها ، بدعوى أنه قد يكون مفلسا (كما يقرر أصحاب الرأي الأول) ، وان المشتري له حق حبس العين المشفوعة لحين قبض الثمن والمصاريف ، وله أيضا أن يطلب من القضاء تحديد مدة لدفع الثمن والا سقط حق الشفعة (١) .

(٢) أنه وان كان حق الشفعة حقا استثنائيا حقيقة الا أنه مقرر في القانون ، وقد أحاطه الشارع بقيود وشروط مخصوصة رأى فيها الكفاية لصيانة الحقوق ،

== ملنظا الابتدائية ٢١ أكتوبر ١٩١٧ (دائرة القضاة مراد سيد أحمد بك وحسن رفعت وجمال الدين أباطة) المجموعة ١٩ رقم ٨ ص ٢٧ .

استئناف ١٦ فبراير ١٩٢٠ (دائرة محمد محرز باشا ومصطفى فحى بك ويوسف سليمان بك) المجموعة ٢١ رقم ١٠٥ ص ١٦٧ الحقوق ٣٦ رقم ٥٢ ص ٣ .
الاسكندرية الابتدائية ١٦ نوفمبر ١٩٢٠ (دائرة ديمتري مفار بك وعبد الرحمن ابراهيم بك وأحمد فائق بك) المجموعة ٢٢ رقم ١١٥ ص ١٨٦ المحاماة ١ رقم ٧٨ ص ٤٠٥ الحقوق ٣٧ رقم ٤٦ ص ١٢١ .

استئناف مخطوط ٢٤ مارس ١٨٩٧ (٩ ص ٢٣٤) ، ٢٠ ديسمبر ١٩٠٠ (١٣ ص ٦٦) ، ٣ يناير ١٩٠١ (١٣ ص ١٠٠) ، ٦ أبريل ١٩٠٤ (١٦ ص ١٨١) ، ١٧ أبريل ١٩٠٥ (١٧ ص ٢٣١) ، ١٨ مايو ١٩٠٥ (١٧ ص ٣١٦) ، ٢ مايو ١٩٠٧ (١٩ ص ٢٣٥) ، ٢ يناير ١٩٠٨ (٢٠ ص ٤٥) ، ٢١ مايو ١٩٠٨ (٢٠ ص ٢٤٤) ، ١٠ مارس ١٩٢١ (٢٣ ص ٢٠٩) ، ١٨ مايو ١٩٢٦ (٣٨ ص ٤١٤) .
(١) ملنظا الابتدائية ٢١ أكتوبر ١٩١٧ .

وليس من مهمة القاضى أن يزيد هذه القيود تضييقا ^(١) .

(٣) أنه وإن كانت الشفعة مستمدة من الشريعة الفراء إلا أن الشارع المصرى وضع لها نظاما خاصا ، فلا محل إذن للرجوع الى الشريعة لتفسير هذا النظام . على أن مأخذ الشفعة هو مذهب أبى حنيفة ، والقول الراجح فيه عدم تكليف الشفيع احضار الثمن قبل القضاء له بالشفعة ^(٢) ، ولم يقل بنير ذلك إلا الامام محمد من أصحاب الامام أبى حنيفة ، وقوله مرجوح بدليل اتفاق الفقهاء على أن المشتري المشفوع منه الحق فى حبس العين حتى يدفع الشفيع الثمن المقضى به ، وهذا صريح فى عدم الزام الشفيع باحضار الثمن قبل القضاء ، والا ما احتيج لحبس العين حتى يدفع الثمن المقضى به ^(٣) .

(٤) لو أراد الشارع بالعرض اظهار الثمن وتقديمه للمعرض عليه لقال بدل « ويكون هذا الاعلان مشتملا على عرض الثمن وملحقاته » : « ويكون هذا الاعلان مقرونا بعرض الثمن وملحقاته » .

ولا يقال ان الشارع لا يعرف عرضا آخر يتكلم فيه غير العرض الحقيقى ، لأن للفظ العرض بمفرده معنى لنويا مخالفا للعرض الحقيقى ، فالعرض فى اللغة معناه الاظهار ، ولا يمكن أن يكون الشارع قصد هذا المعنى ^(٤) .

(٥) لو كان الشارع أراد أن يكون العرض حقيقيا لنص على ذلك صراحة ، كما فعل فى المادة ١٧٥ مدنى ، التى لم يكنف فيها بعبارة « عرض

(١) الاسكندرية ١٦ نوفمبر ١٩٢٠ — طنطا الاجتاثية ٢١ اكتوبر ١٩١٧ .

(٢) راجع الزيلعى • ص ٢٤٥ وقد جاء فيه « ان الثمن قبل القضاء غير واجب عليه ولا يطلب بأدائه والاحضار للتسليم ، ولا يجب التسليم قبل الوجوب ، فلامنى لاحضاره قبل القضاء ، ثم اذا قضى القاضى له بالشفعة قبل احضار الثمن فلمشتري أن يحبس المقار عنه حتى يدفع الثمن اليه ، لأنهما تزامنا متزلة البائع والمشتري » .

(٣) الاسكندرية الاجتاثية ١٦ نوفمبر ١٩٢٠ .

(٤) الاسكندرية الاجتاثية ١٦ نوفمبر ١٩٢٠ .

حقيقى » ، بل أضاف إليها بالتطبيق للقواعد المينة فى قانون المرافعات ^(١) ،
وخصوصا ان رأى السائد وقت صدور دكرتو سنة ١٩٠١ كان يقضى
بالعرض البسيط ^(٢) .

(٦) أن تشبيه الشفعة بنزع الملكية جبرا للمنافع العامة لما فى كل منهما من
أخذ العقار رغما من ارادة مالكة لا يؤدى الى ايجاب لتقديم الثمن على الشفيع
عند الطلب ، لأن نزع الملكية جبرا للمنافع العامة لا يدفع فيه الثمن الا بعد
صدور الدكرتو بنزع الملكية لا قبله ، والدكرتو أشبه بالحكم ، فالقياس به
يقضى بعدم تكليف الشفيع تقديم الثمن ودفعه الا بعد رضاء المشفوع منه أو
بعد القضاء بالشفعة ^(٣) .

(٧) أن تكليف الشفيع بعرض الثمن وللحقات عرضا حقيقيا لا يحصى
المشتري فى حالة رفضه قبول العرض من افلاس الشفيع أو بماطلته بعد الحكم
بالشفعة ، لأن قانون الشفعة خلو من وجوب ايداع الثمن وللحقات فى خزانة
المحكمة عند رفض المشتري تسلمه من المحضر ، والايداع لا يدخل فى ضمن معنى
العرض الحقيقى كما يستفاد من عنوان الفصل الرابع من الباب العاشر من قانون
المرافعات ، وحينئذ لا توجد فائدة من العرض الحقيقى ، وانه من العبث تكليف
الشفيع بعرض وايداع مبالغ تبقى بنيرانها وبلا فائدة تعود على أحد حتى يحكم
فى دعوى الشفعة بالقبول أو الرفض ، والمصلحة الاقتصادية تقضى بالعكس
بأن دفع الثمن لا يلزم به الشفيع الا بعد الرضاء أو القضاء ، فى هذه الحالة
لا ينال أحدا من الخصوم ضرر جسيم ، والمشفوع منه التمسك بالمادة ٢٧٩ مدنى

(١) راجع ٦٨٥ مرافعات : « اذا أراد المدين اداء الدين للقر به تهدا كان أو غيره
يرضه عرضا حقيقيا على الدائن على يد محضر وهو يمرر بذلك محضرا » .

(٢) استئناف مختلط ١٤ ديسمبر ١٨٩٢ ، ٢١ ديسمبر ١٨٩٣ ، ١٧ ابريل ١٨٩٥ -
٢٠ ديسمبر ١٩٠٠ .

الاسكندرية الاجرائية ١٦ نوفمبر ١٩٢٠ .

(٣) الاسكندرية الاجرائية ١٦ نوفمبر ١٩٢٠ .

وحبس العين حتى يتسلم الثمن وملحقاته وحق طلب سقوط الشفعة للتأخير عن دفع الثمن والملحقات^(١).

٢٨٢ — وقد قررت محكمة منيا القمح الجزئية^(٢)، بدون التعرض لبحث ما اذا كان الشفيع ملزما بعرض الثمن عرضا حقيقيا من عدمه ، أنه لا يتسنى للشفيع الذي لم يعرض ثمن العقار عرضا حقيقيا أن يطلب تعويضا عن ريع العين الناتج قبل التسليم ، اذ لا يكون من العدل أن يجمع بين الاستفادة من ريع العين وبين فوائد الثمن .

٢٨٣ — رأى دوائر محكمة الاستئناف بمجموعة — بناء على اختلاف الأحكام في تفسير المراد من العرض الواجب القيام به قد طرح هذا الموضوع على دوائر محكمة الاستئناف بمجموعة ، قررت في ٢٩ مارس سنة ١٩٢٣ أنه ليس من الضروري لصحة طلب الشفعة أن يكون مصحوبا بعرض الثمن وملحقاته عرضا حقيقيا . وجاء في حكمها ما يأتي^(٣) :

« وحيث ان الواجب البحث فيه الآن هو معرفة ما اذا كان واجبا حتما على الشفيع أن يعرض على المشتفع منه عرضا حقيقيا جميع الثمن الوارد بمقدار الشراء وملحقاته والاسقط حقه في الطلب ، أو أن عدم هذا العرض الحقيقي غير مسقط لحق الشفعة .

» وحيث ان الأحكام الصادرة من محكمة الاستئناف الأهلية تضاربت في هذا الموضوع ، وقد أجمعت أحكام المحاكم المختلطة على أن العرض الحقيقي

(١) الاسكندرية الابتدائية ١٦ نوفمبر ١٩٢٠ .

(٢) منيا القمح (القاضي زكي برزى) ٢٩ نوفمبر ١٩٠٦ الحقوق ٢٢ ص ١١٥ المجموعة ٨ رقم ٢٣ ص ٦٦ .

(٣) ٢٩ مارس ١٩٢٣ (أحمد طلعت باشا ومستر يرسفال ومستر مارشال ومستر هل وأحمد عرفان باشا وصالح حق بك ومستر ساندرسن ومستر كرى وأحمد زكي أبو السعود بك وعلى حسين بك وعلى سالم بك ومحمد مصطفى بك وعلى جلال بك وشاكر أحمد بك وعبد الحكيم عسكر بك) الملامة ٣ رقم ٢٠٠ ص ٢٦٦ الجدول العشري الأول للمطاماة رقم ١٠٥٧ المجموعة ٢٤ رقم ٢٦ ص ٤١ .

غير واجب فلا يؤدي عدمه الى سقوط الحق في الشفعة .

» وحيث ان الشفعة أخذت أصلا عن أحكام الشريعة الفراء ، وقال الفقهاء فيها انها تملك بالتراضي أو بقضاء القاضى دفعا لاحتمال الضرر ، أى ان الشفع لا يمد مالكا للعقار الا بناء على تراضيه مع المشتري على أن يتنازل له عما اشتراه لما له عليه من حق الشفعة أو بحكم القاضى ، وحينئذ يتعين عليه دفع الثمن والمصاريف التى يكون قد صرفها فى سبيل هذا الشراء .

» وحيث انه بناء على هذا المبدأ يكون حكم الشفعة ناقلا للملك ، وليس مقرر له ، وللمشغوع منه حق الانتفاع بما اشتراه واستقلاله لنفسه حتى يدفع له الشفع الثمن والمصاريف بناء على التراضي أو حكم القاضى .

» وحيث انه متى سلم بأن العين تعتبر ملكا للمشتري الى حكم القاضى فليس من السلم به الزام الشفع بإيداع المبلغ بالخزانة وتعطيله زمنا بغير استغلال وبغير مسئولية على المشتري الذى له حق الانتفاع بشرة العين ما دام النزاع قائما ، قصر أو طال .

» وحيث ان المادة ٦٩ من القانون المدنى الواردة فى باب الشفعة القديم قضت فى النسخة العربية بأن للشريك فى عقار غير مقسوم الحق فى أن يأخذ بالشفعة الحصة التى باعها أحد شركائه اذا دفع له الثمن والمصاريف ، وأنت عبارة النسخة الفرنسية قاصرة على أنه اذا عرض عليه دفع الثمن والمصاريف ، والقانون المختلط وضع أولا مطابقا لنص القانون الأهلى .

» وحيث انه مع هذا النص سارت المحاكم الأهلية فى أحكامها لفاية صدور قانون الشفعة المعمول به الآن على عدم وجوب هذا العرض وعدم اعتباره مسقطا لحق الشفعة ، وكذلك المحاكم المختلطة فانها سارت فى أحكامها على هذا النمط الى اليوم .

» وحيث انه بعد ذلك قد رؤى تعديل القانون المختلط فيما يخص قواعد الشفعة ، وعرض على الجمعية العمومية بمحكمة الاستئناف المختلطة أمر هذا التعديل ، فنظرت فيه وأخرجت مشروع قانون الشفعة المعمول به الآن ، وصدر

به أمر عال تاريخه ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠ ، وبعد ذلك صدر أمر عال تاريخه ٢٣ مارس سنة ١٩٠١ بقانون الشفعة لدى المحاكم الأهلية ، ونصوده مطابقة تمام المطابقة لقانون المحاكم المختلطة الذي حضرته الجمعية العمومية لمحكمة الاستئناف المختلطة ، أى أن قصد الشارع لم يتغير في كلا القانونين .

« وحيث ان جميع أحكام المحاكم المختلطة مجمعة كما سلف الذكر على عدم وجوب العرض الحقيقي ، وأن عدم حصوله غير مسقط لحق الشفعة ، ولا فرق في ذلك بين العصر السابق على القانون الجديد واللاحق له .

« وحيث ان أحكام المحاكم الفرنسية وآراء الشراح لم تخالف هذه القاعدة فيما يماثل قضايا الشفعة ، وهو استرداد الحصة المبيعة من أحد الورثة طبقا للمادة ٨٤١ من القانون الفرنسى المتابلة لمادة ٤٦٢ من القانون المدنى الأهلى ، اذ أجمعوا على أن عرض الثمن عرضا حقيقيا على المشتري ليس بواجب حتما ، ولا يؤدي عدمه الى سقوط الحق في الطلب .

« وحيث انه بالرجوع الى المادة ١٤ من قانون الشفعة يتبين من نصها أنه يجب على من يرغب الأخذ بالشفعة أن يعلن للبائع والمشتري طلبه لها كتابة على يد محضر ، ويكون الاعلان مشتملا على عرض الثمن وملحقاته الواجب دفعها قانونا ، ولم يأت بهذه المادة الزام بالعرض الحقيقي ، ولا نص صريح بما يترتب من النتائج على عدم هذا العرض .

« وحيث ان كل ما جاء من المسقطات في قانون الشفعة : (أولا) ما قضته مادة ١٩ من هذا القانون من سقوط حق الشفعة أولا بالتنازل عنه صراحة أو ضمنا ، وثانيا اذا لم يظهر الشفع رغبتة في ظرف خمسة عشر يوما من وقت علمه بالبيع ، أو من وقت تكليفه رسميا بابداء رغبتة . (وثاني المسقطات) ما جاء بالمادة ٢١ من وجوب اشتغال التكليف الرسمى المنصوص عنه في الفقرة الثانية من المادة التاسعة عشرة على بيان الثمن وشروط البيع واسم وقب وصنعة ومحل سكن كل وحدوده ومقاسه وبيان الثمن وشروط البيع واسم وقب وصنعة ومحل سكن كل من البائع والمشتري والا عد التكليف لاغيا . (وثالث المسقطات) ما جاء بمادة ٢٢

من سقوط الحق في الشفعة بعد مضي ستة شهور من يوم تسجيل عقد البيع . ولم يأت بالصراحة نص خاص بسقوط الحق عند علم العرض الحقيقي .

« وحيث انه من المقرر قانونا أن سقوط الحقوق لا يحكم به الا بناء على نص صريح في القانون ، ولعلم النص يصبح القضاء بالسقوط عند عدم العرض غير مستمد من نص يأمر به .

« وحيث ان القانون لو كان يريد بالعرض الوارد بالمادة ١٤ من قانون الشفعة أن يكون حقيقيا لنص عليه صراحة ، وذكر ما ينبجم عن مخالفته ، اذا نه جاء بمادة ١٧٥ من القانون المدني أنه اذا كان الدين عبارة عن قود أو مقولات تبرأ ذمة المدين بعرض الدين على الدائن عرضا حقيقيا بالتطبيق للقواعد المبينة في قانون المرافعات ، وعلى مقتضى نص هذه المادة لا تتم البراءة من الدين ولا يعفى المدين من سريان فوائده والمصاريف الا بعد عرض الدين عرضا حقيقيا وايداعه بخزانة المحكمة على ذمة الدائن ، تطبيقا للأصول المقررة بقانون المرافعات في باب عرض الدين على الدائن ، مادة ٦٨٥ وما بعدها .

« وحيث انه مما يؤيد التفسير المتقدم الذكر أنه لو ألزم الشفيع بعرض الثمن عرضا حقيقيا في اليماد القانوني ، واستلمه المشفوع منه ، وكان الشفيع يطمئن في مقداره بأنه زائد عن الحقيقة زيادة صورية ، وثبتت صحة طعنه وأحقته في استرداد مادفه زائدا ، فقد يكون المشفوع منه في حالة عسر لا تمكنه من رد ما أخذه بغير حق ، وفي ذلك مضرة بالشفيع بغير مقتضى قانوني . وقد يتفق أن الشفيع مع علمه بالبيع يجهل شروطه ومقدار الثمن وملحقاته لعدم اعلانه بها من المشتري ، وفي تكليف الشفيع بوجوب العرض الحقيقي صعوبة ، ان لم تكن هناك استحالة ، في القيام به .

« وحيث انه بناء على جميع ما تقدم يتبين أن عدم عرض الثمن عرضا حقيقيا على المشتري غير مسقط لحق الشفيع ، لعدم النص القانوني الصريح في ذلك . فالقول بسقوط حق الشفعة لعدم العرض الحقيقي فيه مجازفة ومساس بالحقوق بغير نص صريح . على أنه لو كان المرجع في الأمر قاصرا على احتمال

كون طالب الشفعة قد لا تكون دعواه جدية ، ولا يقوم بدفع الثمن وملحقاته عند القضاء بالشفعة ، فللقاضى اذا ما تبين له من ظروف الدعوى فى خلال نظرها عدم احتمال جديتها أن يقرر من باب العدالة ومراعاة لصالح المشتري تكليف الشفع بايداع الثمن والمصاريف بمخزاة المحكمة فى ميعاد يعينه ، وان تأخر عنه يعد طلبه غير جدى ، وصالحا للرفض ، وله أيضا أن يحدد بناء على طلب الشفوع منه ميعادا فى الحكم لدفع الثمن والملحقات ، وان تأخر الشفع عنه يسقط حقه فى الطلب .

٢٨٤ - استقرار الأوضاع - وقد استقرت الأحكام على ما قررتها الدوائر المجتمعة (١).

٢٨٥ - هل طلب الشفع مضمم دين له على البائع بفضى عنه عرصه الثمن؟ - للأخذ بالشفعة شروط قررها القانون ، منها كما تقدم أن يعرض الشفع الثمن الوارد فى المقد وملحقاته بغير قيد ولا شرط ، أو أن يظهر استعداده لدفعه عند اثبات صحته . فاذا لم يقدم الشفع بما فرضه عليه القانون ، بل قيد رغبته فى الأخذ بالشفعة بأن يعترف المشتري بدين يدعى أنه له فى ذمة البائع ، وبأن يقبل خصم الدين من الثمن ، ولم يعرض فى اعلان الرغبة جميع الثمن المقد فى المقد ، ولم يظهر على الأقل استعداده لدفعه عند اثبات صحته ، يكون طلب الشفعة غير مقبول (٢).

(١) راجع : استئناف ٢٢ نوفمبر ١٩٢٧ (دائرة محمد مصطفى بك وزكى برزى بك وعبد الباقي زكى القشيري بك) الحاماة ٨ رقم ١٤٢ ص ١٩٠ مجموعة ناصر ٤٧٢٢ . وقد جاء فى هذا الحكم : « وفيما يتعلق بطلان الاجراءآت استنادا على أن ابداء المستأقة ورغبها بأخذ العقار بالشفعة لم يكن مصحوبا بالثمن الواجب عرضه عرضا حقيقيا فصلا . فان الثابت أن القضاء اعفق أخيرا فى أحكامه على أنه ليس من الضروري لصحة طلب الشفعة أن يكون مصحوبا بعرض الثمن وملحقاته عرضا حقيقيا ، بل يكفى أن يظهر الشفع استعداده لدفع الثمن وملحقاته . وثابت فى هذه الدعوى أن المستأقة قامت بهذا الشرط الأخير قياما تاما » .

(٢) الاسكندرية ١٨ اكتوبر ١٩٣٠ (دائرة القضاة محمود حلى سوكة وامام عيبروس الحوت وسعيد ذو الفقار) الحاماة ١١ رقم ٢٧١ ص ٥٣٠ مجموعة ناصر ٤٧٢٣ .

٢٨٦ - مبرر قيمة الرهن - إذا كان واجبا على الشفيع أن يعرض

الثلث على المشتري عرضا حقيقيا فليس واجبا عليه أن يعرض الثلث جميعه اذا كان على العين المبيعة دين لآخر ، وانما يحق له عرض باقي الثلث بعد خصم قيمة الرهن ، لأن المادة ١٣ من قانون الشفعة نصت على أن الشفيع يحل في الصفقة محل المشفوع منه وفقا لشروط عقد الشفيع ^(١) .

٢٨٧ - العرصه في حالة شفعة جزء فقط منه الأرض المبيعة -

متى كان طلب الشفعة مختصا بجزء فقط من الأرض المبيعة صفقة واحدة ، مع كونها مؤلفة من عدة قطع متفاوتة الأثمان ، فيختلف بالضرورة عرض الشفيع في مقدار الثلث بالنسبة للثلث الاجالى الوارد في عقد البيع . ويتعين على المحكمة النظر فيما اذا كان العرض لا تقا أم لا ، ولها الحق للوصول لهذا الغرض في أن تعين خيرا لتقدير قيمة الأطنان المشفوع فيها ، واذا تراعى للمعكمة حينئذ لياقة العرض فيتمتع عليها باعتبار محته ^(٢) .

٢٨٨ - التمس العصى - يجب على الشفيع أن يعرض الثلث الوارد

في عقد البيع . ولكن اذا اتفق البائع والمشتري على زيادة المبلغ في العقد ، فقد اختلفت المحاكم في مقدار المبلغ الواجب عرضه .

(١) استئناف ٧ ديسمبر ١٩٢٠ (دائرة أحمد طلعت باشا ومستر كلايكوت وأحمد عرفان بك) المحاماة ٢ رقم ٤٤ ص ١٣٩ الجدول العصى الأول للمحاماة ١٠٥٤ . وعلقت بمجلة المحاماة على الحكم بما يأتي : ان هذا المبدأ ظاهر جليا لسبب التقدم ، ولأن قيمة الرهن ليست من حق المشتري . ولأن حق الدائن هنا عيني على العقار وليس شخصيا على البائع أو المشتري ، ولكن هذه الاعتبارات كلها لم تمنع من صدور بعض أحكام قضت بضرورة عرض الثلث كله بما فيه قيمة الرهن ، وبذلك قررت استحقاق دين الدائن قبل سيطاه وعلى الرغم منه .
راجع استئناف ٢٣ يونيو ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٤٣٧ ص ٧١٥ مجموعة ناصر ٤٧٢٦ - ونبذة ٣٥٣ .

قنا الجزئية ١٣ أكتوبر ١٩٣٠ (القاضي السيد على السيد) المحاماة ١٢ رقم ٤٤٤ ص ٨٩٦ مجموعة ناصر ٤٧١٧ .

(٢) استئناف ١٢ يناير ١٩٠٤ (دائرة يحيى ابراهيم بك ومستر ويلهور ومستر كوجلان) الاستقلال ٣ رقم ٦٥ ص ٢٦ مجموعة ناصر ١٢١٩ .

فنها من رأى أنه يجب على الشفيع أن يعرض الثمن برمته الوارد في العقد ، بما فيه الزيادة التي يظن فيها ، مع حفظ حقه في اثبات صورته ، فاذا عرض الثمن الذي يدعى أنه حقيقى فلا يعتبر هذا العرض صحيحا ^(١) .

ومنها من رأى أن العمل بالرأى الأول ربما كان فيه فرصة سانحة للمشتري بها يمنع الشفيع من الأخذ بحقه في الشفعة ، وذلك بوضعه صورة في العقد ثنا باهظا جدا يستحيل على الشفيع أن يحصل عليه ، وإن اعلاه ثمن المبيع بقصد منع الشفيع من الأخذ بالشفعة هو أمر مخالف للقانون ، والمحاكم لم تسمح للمشتري باستعمال طريقة غير شرعية لمنع الشفيع من استعمال حق منحه إياه الشارع بنص صريح في القانون . وقد رأى هذا الفريق الأخير بناء على ذلك أنه يكتفى بعرض الثمن الذي يعتده الشفيع صحيحا ، محملا إياه تبعة اثبات صورة الزيادة ، فاذا عجز عن إقامة الدليل على ذلك فلا يستبرأ أنه قام بما فرضه عليه قانون الشفعة من عرض الثمن وملحقاته ، ويسقط حقه في الشفعة ، ولا يفيد أن يعرض بقية الثمن بعد ذلك إذا كان الميعاد المنصوص عليه في المادة ١٩ من قانون الشفعة قد انقضى ^(٢) .

(١) استئناف مختلط (١٤ من ٢٣٤) ، (٩ من ٣٠١) .

استئناف أهلى ١٣ يناير ١٩١٣ (دائرة محمد مجدى بك وأحمد موسى بك ومسيو سودان) المجموعة ١٤ رقم ٤٨ من ٩١ القهرست المصرية الثانية للمجموعة رقم ٩٦٦ المحاكم ٢٥ من ٥٤٢١ مجموعة ناصر ١٢٥٤ .

استئناف ٧ يناير ١٩١٩ (دائرة عبد العزيز كحيل باشا ومستر كالوينى وعبد الرحمن رضا بك) المحقوق ٣٥ رقم ٤٧ من ١١٥ مجموعة ناصر ١٢٥٨ . وقد جاء في هذا الحكم أنه يجب أن يكون العرض اما للثمن الوارد بقصد البيع أو اذا رأى الشفيع فيه مبالغة فللثمن الذى يقول به هو مع وضع الفرق بين الثنتين في خزانة المحكمة على ذمة الدعوى .

(٢) استئناف ٢٣ فبراير ١٩٠٩ (دائرة محمد مجدى بك وعلى ذو الفقار بك ومستر ألتون) المجموعة ١٠ رقم ٨٧ من ٢٠٤ .

استئناف أهلى ١٤ ابريل ١٩١٤ (دائرة عبد العزيز كحيل باشا ومستر دلبرغلو ومينا ابراهيم بك) الصرائع ١ رقم ٣٣٩ من ١٨٨ المجموعة ١٥ رقم ٩٦ من ١٩٠ القهرست =

وإذا عرض الشفيع الثمن الذى يعتقده حقيقيا ، واحتفظ بأثبات الصورية فيما يتعلق بالزيادة ، فيجب عليه فى آن واحد أن يصرح باستعداده لدفع الفرق فيما لو اتضح للقضاء أن الثمن كله الوارد فى العقد حقيقى . فإذا قصر فى ذلك كان عرضه ناقصا ، وبالتالي غير صحيح ، لمخالفته للقانون ويترتب على ذلك سقوط حق الشفيع فى الشفعة ^(١) .

٢٨٩ - اثبات صورية الثمن - يجوز للشفيع أن يثبت بالبينة أن الثمن الوارد بالعقد معلى عن الثمن الحقيقى بقصد منعه من استعمال حقه فى الأخذ بالشفعة ، لأن الأثبات بالبينة جائزة على ما خالف القانون ، والمحكمة أن تقضى عليه بدفع الثمن الذى ثبت من شهادة الشهود ومن تقرير الخبراء أنه هو الثمن الحقيقى ^(٢) .

= العشرة الثانية للمجموعة رقم ٩٥٧ مجموعة ناصر ١٢٥٥ .

المصورة الجزئية أول فبراير ١٩١٧ (القاضى فوزى الطبقى بك) المجموعة ١٨ رقم ٧٠ ص ١٢١ .

استئناف ٨ مايو ١٩١٨ (دائرة محمد مجدى باشا وحسين درويش بك ومستر هل) المجموعة ١٩ رقم ١٠٢ ص ١٤٧ مجموعة ناصر ١٢٥٧ .

طنطا الابتدائية ٢٢ أكتوبر ١٩١٩ (دائرة عبد الحميد بدوى بك والقاضى جال الدين أباطة والقاضى أحمد فائق) المحاماة ١ رقم ٢١ ص ١٣٩ مجموعة ناصر ١٢٥٩ .

استئناف مخطوط ٣١ ديسمبر ١٩١٤ (٢٧ ص ١٠٠) ، ٢٢ مايو ١٩١٣ (٢٥ ص ٤٠٠) .

(١) أسبوط الابتدائية ٢ مايو ١٩٢٨ (دائرة عبد الفتاح السيد بك والقاضى أحمد نصرت والقاضى حسين لطفى) المحاماة ٩ رقم ٤٠٩ ص ٦٤٧ مجموعة ناصر ٤٧٢٥ .

مخطوط ٢٢ يناير ١٩٢٤ (٣٦ ص ١٧٠) .

(٢) استئناف ٢٣ فبراير ١٩٠٩ (دائرة محمد مجدى بك وعلى ذو الفقار بك ومستر ألتون) المجموعة ١٠ رقم ٨٧ ص ٢٠٤ الفهرست العشرية الأولى للمجموعة رقم ٨٦٠ مجموعة ناصر ١٢٢٣ .

استئناف ١٤ فبراير ١٩١٤ (دائرة عبد العزيز كحيل باشا ومستر دلبرغلو ومينا ابراهيم =

ولكن تطبيق المبدأ المتقدم في العمل يجوز أن ينتج عنه ضرر بليغ ، اذ أن البيع الصحيح يكون معرضا لتبعية شهادة شهود كاذبين يأخذ الشفيع بمقتضاها العقار ثمن أقل من ثمنه الحقيقي . لذلك يجب على القضاة ، كما قررت محكمة الاستئناف ^(١) ، أن يشددوا بأكثر ما يمكنهم قبل الحكم بالشفعة ، فلا يأمرؤا بتحقيق ادعاء طالب الشفعة الا اذا وجدت في الدعوى قرائن تدل على صحته ، كأن يتأكدوا من المستندات المقلعة لهم ، أو من خير معتمد ، من أن العقار لا يساوي أكثر من الثمن الذي يقول عنه طالب الشفعة ، وأنه لا توجد أسباب مخصوصة تحمل المشتري على شرائه بأكثر من قيمته ، فاذا ثبت ذلك يكون قرينة على تلاعب المشتري والبائع واتفاقهما على ضياع حق الشفيع ، فندها يصح للمحكمة سماع الشهود ، ولا تحكم بمقتضى شهادتهم الا اذا جاءت مؤيدة لقول المدعى بطريقة لا شك فيها ، فاذا اتخذت المحكمة هذه الاحتياطات قبل الحكم بالشفعة تكون قد أدت ما يريد الشارع من التشديد .

= بك (الفرائع ١ رقم ٣٣٩ ص ١٨٨ المجموعة ١٥ رقم ٩٦ ص ١٩٠ مجموعة ناصر ١٢٢٤ .

استئناف ٧ ديسمبر ١٩٢٠ (دائرة محمد محرز باشا ومستر كرشو وصالح حق بك)
الحمامة ٢ رقم ٤٥ ص ١٤٢ الجدول العشري الأول للحاماة رقم ٥٦٥٥ ، مجموعة ناصر ١٢٦٠ .

أسيوط الابتدائية استئناف ١٠ نوفمبر ١٨٩٦ (دائرة القضاة أحمد حلى وعثمان غالب وحسين درويش) القضا ٤ ص ١١٢ مجموعة ناصر ١٢٢٠ .

استئناف مخطوط (١٥ ص ٢٤٣) ، (١٩ ص ٣٠١) .

دى هلنس نبذة ١٢٥ ، ١٢٦ .

(١) استئناف ١٤ ابريل ١٩١٤ للتقدم المجموعة ١٥ رقم ٩٦ ص ١٩٠ الفرائع ١ رقم ٢٣٩ ص ١٨٨ .

راجع أيضا استئناف مخطوط ١٨ مايو ١٩٠٥ (١٧ ص ٣١٦) ، ١١ ابريل ١٩٠٧ (١٩ ص ٢٠٤) ، ١٩ يونيو ١٩٠٧ (١٩ ص ٣١٠) ، ٩ ابريل ١٩٠٨ (٢٠ ص ١٧٤) ، ٢٢ مايو ١٩١٣ (٢٥ ص ٤٠٠) .

وحكمت محكمة الاستئناف بأنه لا يكفي — لاثبات أن الثمن الذي ذكر في عقد البيع زيد بقصد منع الشفيع من الأخذ بالشفعة — الحصول على شهادة من البائع تدل على ذلك . وإنما اذا تقدمت في الدعوى شهادة بهذا المعنى فانه يترتب عليها وجود شك عند المحكمة في صحة الثمن الوارد بالعقد ، ويمكن اعتبار الشهادة مبدأً ثبوت ما دام أنه من الجائز أن يكون ما حرر فيها حقيقيا ، كما أنه يجوز ألا يكون كذلك . وللمحكمة أن تحلف للمشتري اليمين المتممة على أنه اشترى حقيقة بالمبلغ الوارد في العقد ودفعه بأكمله الى البائع ^(١) .

٢٩٠ — ولا يسوغ للقاضي أن يقبل القرائن الضعيفة اثباتا لصورية الثمن المذكور في عقد بيع ، بل يجب أن يقوم الدليل على صورية الثمن بطريقة لا تدع مجالاً للشك ^(٢) .

٢٩١ — ولا يقبل من الشفيع عرضه دفع الثمن الوارد في عقد البيع مشروطاً أن يثبت المشفوع منه جديته ^(٣) .

٢٩٢ — هل للمشفوع منه اثبات أنه الوارد في العقد أقل من

الثمن الحقيقي — قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه وان جاز للشفيع أن يثبت أن الثمن المدون في عقد البيع تضمن زيادة في الثمن لتعجيزه عن طلب الشفعة فان المشفوع منه لا يجوز له بالعكس أن يثبت أن الثمن الذي ذكره في العقد أقل من الثمن الحقيقي ، حتى ولو أبرز مستندات صادرة من بائه تثبت أن الثمن الحقيقي أزيد من الثمن الوارد بالعقد ، وأن انقاص الثمن كان الفرض منه الهرب من دفع الرسوم الحقيقية اضراراً بمصلحة الخزانة .

(١) استئناف ٧ مايو ١٩١٤ (دائرة يحيى ابراهيم باشا وأحمد موسى بك ومستر برسيغال) الشرائع ١ رقم ٣٤٨ ص ١٩٥ مجموعة ناصر ١٢٢٥ .

(٢) استئناف مختلط ٣١ ديسمبر ١٩١٧ (٣٠ ص ١١٢) ، ١٨ مايو ١٩٠٥ (١٧ ص ٣١٦) .

(٣) استئناف مختلط ١٩ يونيو ١٩٠٧ (١٩ ص ٣١٠) .

وقضت أيضاً بأن المشتري الذى يحتضن ثمن البيع فى عقد مشتراه بقصد الهروب من دفع رسوم التسجيل الحقيقية ، اذا خسر دعواه ولم يقض له على الشفع الا بالثمن الوارد فى عقده ، لا يحق له أن يرجع على بائنه بفرق الثمن ، بناء على أن القضاء لم يحكم له الا بالثمن الوارد فى العقد ^(١) .

٢٩٣ - ملحقات الثمن - يجب على الشفع أن يعرض ملحقات

الثمن *légitimes accessoires du prix* ، وهى المصاريف الرسمية ، *les frais et loyaux coûts* ، أى مصاريف العقد ، ومصاريف التسجيل ، اذا كان العقد قد سجل ^(٢) ، والسمسة التى دفعها المشتري المطلوب الأخذ منه بالشفعة ^(٣) ، وكل المصاريف التى اضطر المشتري لدفعها للحصول على مشتراه . وليس للشفع أن يعترض على القيمة التى دفعت أو على ضرورة دفعها ما دامت أنها لم تدفع أو يبالغ فيما دفع منها اضراراً بحقوقه .

(١) استئناف مغلط ٢٢ يناير ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٥٩٥ ص ٧٨٧ الجدول العشري الأول للمعاماة رقم ١٠٨٦ .

(٢) وخصوصاً أن الشفع لا يدفع عند الحكم له رسم تسجيل جديداً .
راجع دمياط الجزئية (القاضى أحمد فؤاد) المحاماة ١١ رقم ٣٣٢ ص ٦٦٨) . وقد جاء فى أسباب هذا الحكم :

وحيث ان المدعى عارض فى الحكم بمصاريف التسجيل بحجة أنه يمكن المدعى عليها الأول استردادها .

« وحيث ان هذا القول غير صحيح ، اذ لا يمكن رد رسم التسجيل بأى حال من الأحوال ، وبالعكس فان رسم التسجيل الذى دفعته المدعى عليها الأول قد أعنى المدعى من دفع رسم جديد على حكم الشفعة ، أى أن ملزومية المدعى بدفع رسم التسجيل ناشئة أولاً من أنه من ملحقات الثمن الواجب ردها ، وثانياً لأنه يستفيد منه شخصياً ، اذ سيفتبه عن دفع رسم جديد كما تقدم ، وقد أفق قسم القضايا بذلك (راجع فتوى قسم القضايا المؤرخة ٢٥ نوفمبر ١٩٢٤ والبلقة للحاكم فى ٢ ديسمبر سنة ١٩٢٤) .

(٣) استئناف مغلط ٢ ابريل ١٩٠٣ (١٥ ص ٢٢٣) ، ٦ يونيه ١٩٠٥ (١٧ ص ٣٢٠) ، ١٠ مايو ١٩٢٧ (٣٩ ص ٤٤٨) .

وقد حكم بأنه اذا تحدد مبلغ السمسرة بنسبة أعلى بسبب الالتزامات الخاصة التي فرضت على السمسار لمصلحة المشتري ، ولكن بسبب الشفعة لم يتم السمسار بوكالته بتمامها ، فانه لا يكون للسمسار أن يستولى على المبلغ المعين ، بل على تعويض يترك تعريفه للقاضي على حسب قواعد الوكالة ، وهذا المبلغ هو الذي يجب على الشفيع دفعه ^(١) .

وان ذكر المشتري باتفاقه مع البائع له في عقد البيع ثمنا أكثر من الثمن الحقيقي الذي اشترى به فلا يلزم طالب الشفعة الا بمصاريف التسجيل بنسبة الثمن الحقيقي ^(٢) .

وقد حكم بأنه لا يعتبر عرضا غير كاف العرض الحاصل من الشفيع شاملا للثمن وجزء من المصاريف والملحقات التي لم تكن قيمتها معروفة له مع اظهار استعداده لتسوية الباقي ودفع جميع المصاريف الأخرى التي يقدم المشفوع ضده الدليل عليها ^(٣) .

٢٩٤ — ولا يدخل في ضمن مصاريف العقد الرسمية ، أى في ضمن ملحقات الثمن الواجب دفعها قانونا ، مصاريف القرض العقاري l'emprunt hypothécaire التي اضطر المشفوع منه لدفعها للحصول على المبلغ اللازم لأداء الثمن والتعويض الذي أزم بدفعه للمقرض مقابل أداء المبلغ المقرض قبل ميعاده ^(٤) .

٢٩٥ — المصاريف الضرورية أو النافعة — يلزم الشفيع بالمصاريف الضرورية أو النافعة التي أجراها المشتري ، غير أن الزامه بها لا يكون بناء على القواعد الخاصة بحق الشفعة ، بل بناء على قواعد العدالة التي تقضى بأن لا يثري

(١) استئناف مخطط ٦ يونيو ١٩٠٥ (١٧ من ٣٢٠) .

(٢) استئناف ١٨ مارس ١٩١٤ (دائرة أحمد موسى بك ومستر برسيغال ومحمد شكرى باشا) المصرائع ١ رقم ٢٧١ من ١٤٦ .

(٣) استئناف مخطط ٣١ مايو ١٩٣٢ (٤٤ من ٣٥٠) المحاماة ١٤ رقم ٣١

من ٦٤ .

(٤) استئناف مخطط ١٠ مايو ١٩٢٧ (٢٩ من ٤٤٨) .

انسان على حساب غيره . وعلى ذلك فليس من الضروري أن تعرض مع الثمن وملحقاته ، لأنها ليست داخلة في ضمنها ، ولم تعمل الا بعد الشراء ^(١) .

(٤) ميعاد اعلان الرغبة في الشفعة

٢٩٦ — يجب أن يكون اعلان الرغبة في ظرف خمسة عشر يوما من وقت علم الشفيع بالبيع ، أو من وقت تكليفه رسميا بإبداء رغبته في الأخذ بالشفعة .

وهذا الميعاد مذکور في المادة ١٩قرة ثانية التي تقرر أن حق الشفعة يسقط « اذا لم يظهر الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة في ظرف ١٥ يوما من وقت علمه بالبيع أو من وقت تكليفه رسميا بإبداء رغبته سواء كان بناء على طلب البائع أو بناء على طلب المشتري ، ويزاد على هذه المدة عند الاقتضاء ميعاد المسافة » .

ويلاحظ النص الفرنسي للمادة بخصوص مبدأ سريان الميعاد ، حيث جاء فيه :

« Dans les quinze jours du moment où elle a eu connaissance de la vente ou de la date de la mise en demeure » .

أى في ظرف خمسة عشر يوما من وقت علمه بالبيع أو من تاريخ تكليفه رسميا ، فهل يؤخذ من ذلك أن مبدأ الخمسة عشر يوما يختلف في حالة العلم بالبيع عنه في حالة التكليف الرسمي ؟ الظاهر أنه لا يوجد فرق بين الحالتين ، وخصوصا أن مواعيد السقوط لا تحسب من وقت لوقت ، بل من يوم ليوم ^(٢) .

وقد تعرضت محكمة النقض لهذه النقطة في حكمها الصادر في ٢٠ يونيو سنة ١٩٣٥ ^(٣) ، وقالت : ان النسخة العربية اذا كانت قالت من وقت علمه بالبيع ، فقد قالت أيضا « من وقت تكليفه رسميا بإبداء رغبته » . وهذه العبارة الأخيرة

(١) دى هلتس نبذة ١٢٨ و ١٢٩ .

(٢) دى هلتس نبذة ١١٤ .

(٣) ملحق مجلة القانون والاقتصاد • رقم ٨٧ س ٢٨٨ .

قد ورد نصها بالفرنسية هكذا « ou de la date de la mise en demeure » ومقابلها بالعربية « أو من تاريخ تكليفه رسمياً » ما يفيد أن واضع النص يستوى عندهم كلمة « وقت moment » وكلمة « تاريخ date » .

٢٩٧ — ويجب اظهار الرغبة قبل مضي خمسة عشر يوماً من تاريخ العلم بالبيع ، وليس من تاريخ العلم بالتسجيل^(١) ، لأن الحق في الشفعة ينشأ عند اتمام البيع ، لا وقت تسجيل البيع .

وقد قررت محكمة النقض أن العبرة في علم الشفيع بالبيع العلم الذي يحتاج به هي بوقت حصول البيع . فاذا قرر المجلس الحسبي الموافقة على بيع جانب من أطيان القاصر ، وعلم الشفيع بهذا القرار ، ثم شفع في الأرض المبعة بعد يومين من تاريخ البيع الحاصل من الوصي بناء على قرار المجلس الحسبي ، فإن الشفيع لا يحتاج بعلمه بذلك القرار^(٢) .

٢٩٨ — ميعاد اعلانه الرغبة بالنسبة لعقد البيع الابتدائي — قد تقدم القول بأنه اذا كان عقد البيع قابلاً للعدول عنه نظير دفع تعويض فلا يمكن أن يتولد عنه حق الشفعة^(٣) . وعليه لا يبدأ ميعاد سقوط الحق في الشفعة بسبب العلم بالبيع الا من تاريخ العقد النهائي ، وليس من تاريخ العقد الابتدائي^(٤) .

(١) استئناف مخطوط ١١ يناير ١٩٢٧ (٣٩ من ١٤٢) المحاماة ٨ رقم ٤٠٠ من ٦١١ الجدول المصري الأول للسماعة رقم ١٠٤٥ ، ٢١ ديسمبر ١٩٢٦ (٣٩ من ١٠٢) .

(٢) نفس ٢٧ فبراير ١٩٣٦ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٦ رقم ٤٢ من ١٥٧ .

(٣) راجع ما تقدم نبتة ١٩٥ .

(٤) استئناف مصر الأهلية ١٤ فبراير ١٩٢١ (دائرة مستر برسفال ومستر كلابكوت وأحمد زكي أبو السعود بك) المحاماة ٢ رقم ١١ من ٢٢ الجدول المصري الأول للسماعة رقم ١٠٣٠ المجموعة ٢٣ رقم ٤١ من ٦٥ مجموعة ناصر ١٣٢٢ .

بني سوف الابتدائية ٣١ مارس ١٩٢٩ (دائرة القضاة زكي خير الأوتيجي وأبو بكر صادق وأحمد راغب دكروري) المحاماة ١١ رقم ٣٢١ من ٦٤٥ .

٢٩٩ — اعطوه الرغبة في البيع المعلق على شرط — من رأينا كما تقدم^(١) جواز الشفعة في البيع المعلق على شرط ، سواء أكان الشرط واقفا أم فاسخا . ولكن متى يبدأ ميعاد اعلان الرغبة ؟ ابدأ من يوم العلم بالبيع ؟ أم يبدأ عند تحقق الشرط ، اذا كان واقفا ، وعند تحققه اذا كان فاسخا ؟ من رأينا وجوب التفريق بين البيع المعلق على شرط واقف والبيع المعلق على شرط فاسخ . فبالنسبة للبيع المعلق على شرط واقف لا يبدأ ميعاد اعلان الرغبة من وقت العلم بالبيع ، بل من وقت العلم بتحقيق الشرط ، لأنه قبل تحقق الشرط لا يكون لازما ولا تنتقل الملكية فيه . قد يحتاج بأن الشرط عند تحققه يرجع الى وقت العقد ويعتبر البيع نافذا من وقته ، وعلى ذلك يسقط حق الشفعين اذا لم يكن أبدي رغبته في الخمسة عشر يوما التالية لعلمه بالبيع . ولكن يرد على ذلك بأن الشفعين لا يمكن أن يعتبر عالما بالبيع قبل تحقق الشرط ، ولا عبء بالآثر الرجعي الذي يفترضه القانون لتحقيق الشرط ، لأن ذلك لا يغير من حالة الشفعين الذي لا يعتبر عالما بالبيع الا اذا وقع البيع وانتقلت فيه الملكية ، أما قبل ذلك فلا تنتقل الملكية الى المشتري كما تقدم .

أما بالنسبة للبيع المعلق على شرط فاسخ فان البيع يكون موجودا ، وتسرى كل آثاره ، وتنتقل الملكية فيه من يوم العقد ، الا أن العقد يسقط اذا تحقق الشرط . وعندنا أنه يجب على الشفعين اتخاذ الاجراءات من وقت علمه بالبيع ، ويحل الشفعين محل المشتري اذا قضى له بالشفعة . واذا تحقق الشرط وفسخ البيع فان هذا لا يغير شيئا ، ويكون للبائع حق استرداد البيع من الشفعين ، كما كان يسترده من المشتري لو لم يؤخذ البيع بالشفعة .

ويرى رأينا الأستاذ زكي المرابي (باشا) فيقول^(٢) بجواز الشفعة في البيع المعلق على شرط واقف أو فاسخ ، وأن اليعاد في البيع المعلق فسخه على

(١) بنية ١٨٧ .

(٢) بنية ٩٦ وبنية ٩٧ .

شرط يحتسب من يوم العلم بالبيع بدون انتظار نتيجة الشرط ، وفي البيع المعلق وجوده على شرط يجب أن لا يسرى الميعاد الا من يوم تحقق الشرط « لأن العلم بالبيع ليكون مبدأ لسريان المدة يجب أن يكون علما نافيا للجهالة ، وهذا لا يكون الا بتحقق الشرط ، وقبل ذلك لا يوجد بيع ، بل هذا شيء قد يكون وقد لا يكون حسب الأحوال ، والى تحقق الشرط يكون حصول البيع مشكوكا فيه ، ولا يصير حقيقيا الا بتحقيقه » . ويضيف الأستاذ المرابي (باشا) : « ومع هذا فلاشئ يمنع أن يطلب بمجرد العلم بالبيع ، ولكن لا يقضى له الا اذا تحقق الشرط^(١) » . ونحن لا نوافق على هذه الاضافة ، اذ كيف يوقف القضاء بالشفعة للشفيع حتى يتحقق الشرط ، مع أن القانون نص على مواعيد قصيرة يترتب على عدم مراعاتها سقوط الشفعة . فالواجب على الشفيع رفع دعوى الشفعة في ميعاد ثلاثين يوما من وقت اعلان الرغبة ، والا سقط حقه ، ويجب على المحكمة أن تحكم على وجه السرعة . ولا يوجد في القانون ما يميز وقف الحكم في دعوى الشفعة حتى يتحقق الشرط .

٣٠٠ — **اعلانه الرغبة في بيع الوفاء** — بيع الوفاء هو البيع مع شرط خيار الاسترداد للبائع (مدنى ٤٣١/٣٣٨) ، ويكون فيه البائع مالكا تحت شرط واقف ، وهو شرط خيار الاسترداد ، ويكون المشتري مالكا تحت شرط فاسخ . ولا فرق بين بيع الوفاء وبين البيع المعلق فسخه على شرط الا في كون تحقق الشرط وعلمه بمحدود الأجل كما تقدم^(٢) . وقد قلنا بجواز الشفعة فيه^(٣) . أما ميعاد اعلان الرغبة فيسرى بالتفصيل الذى ذكرناه في التبعة السابقة .

(١) تبنة ٩٦ ص ٥٩ .

(٢) تبنة ١١٥ .

(٣) تبنة ١٨٩ .

٣٠١ - اعماره الرغبة في البيع الفاسد - البيع الفاسد يكون

صحىحاً بادیء بدء ، وتترتب عليه النتائج القانونية حتى يفسخ ، وقد قلنا بمجواز الشفعة فيه ^(١) . ويبدأ ميعاد اعلان الرغبة من يوم العلم به . فاذا قضى بالشفعة حل الشفيع محل المشتري . فاذا لم يتأيد البيع وفسخ ، فإن الشفعة تسقط معه ، ويكون للبائع حق استرداد المبيع وفسخ البيع في مواجهة الشفيع ، كما كان له ذلك في مواجهة المشتري .

٣٠٢ - احتساب ميعاد اعماره الرغبة - وقفاً للقاعدة العامة

لا يحسب اليوم الأول الذى حصل فيه العلم *dies a quo* من ضمن الميعاد ، بما أن الشارع لم ينص في قانون الشفعة على خلاف هذه القاعدة ^(٢) .
ويحسب اليوم الأخير ^(٣) .

فللشفيع أن يظهر رغبته بتقديم طلب عنها الى قلم المحضرين في اليوم الخامس عشر ^(٤) .

(١) نبذة ١٧٤ .

(٢) راجع المادة ١٦/١٨ مرافعات : « اذا كانت الورقة الملونة للختم مشتملة على طلب حضوره في ميعاد مقدر بالأيام أو على التنبيه عليه بإجراء أمر ما في ذلك فلا يدخل يوم الاعلان في الميعاد المذكور » .

دى هلتس ١١٥ .

استئناف مخطط ٢٢ يناير ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٥٩٥ الجدول المصرى الأول للمحاماة رقم ١٠٣٢ .

قضى مصرى ٢٠ يونيه ١٩٣٥ ملحق بمجلة القانون والاقتصاد ٥ رقم ٨٧ ص ٢٨٨ ، وقد جاء فيه أن المادة التاسعة عشرة ، اذ نصت على أن اظهار الشفيع رغبته يكون في ظرف خمسة عشر يوماً « من وقت علمه بالبيع » ، لم ترد أن تجعل هذه الحجة عمر يوماً تنتهى من لحظة العلم بالبيع ، بل أرادت أن تجعلها تنتهى من اليوم التالى لتاريخ العلم به . راجع ما تقدم نبذة ٢٩٦ .

(٣) استئناف مخطط ٢٢ يناير ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٥٩٥ ص ٧٨٧ الجدول المصرى الأول للمحاماة رقم ١٠٣٢ : انه وان كان يوم الاعلان في الشفعة لا يدخل في احتساب المواعيد القانونية فان يوم حلول الأجل المضروب نهاية للميعاد القانونى يجب أن يحتسب في ضمن المواعيد القانونية .

(٤) ايتاى البارود الجزئية (القاضى محمود حلمى سوكة) ٢٢ نوفمبر ١٩٢٦ المحاماة ٨ رقم ٤٦ ص ٨٤ الجدول المصرى الأول للمحاماة رقم ١٠٤٤ مجموعة ناصر ٤٧٤٤ .

وإذا وقع اليوم الأخير من الخمسة عشر يوما للمعينة لاطهار رغبة الأخذ بالشفعة في يوم عطلة رسمية يمتد الميعاد الى اليوم الذي يليه ^(١) .

وإذا كان ختام الميعاد أكثر من يوم عيد واحد فلا يعطى صاحب الحق في الميعاد الا يوما واحدا بعد نهاية العيد لعمل الاجراء المطلوب ، وهذا اليوم يقوم مقام أيام العيد جميعها ، ويكمل الميعاد ^(٢) .

وميعاد الخمسة عشر يوما ليس مدة قادم prescription ، بل مدة سقوط déchéance ، فيسرى على كل الناس ، حتى الغائبين ، ومن كان غير أهل للتصرف ، ولا يقبل الاقطاع interruption ولا الوقف suspension .

٣٠٣ — ميعاد المسافة — يزداد على ميعاد الخمسة عشر يوما المذكورة بالمادة ١٩ عند الاقتضاء ميعاد المسافة . ولم تذكر المادة أية مسافة يزداد ميعادها ، ولكن بما أنها مختصة بإعلان ابداء رغبة الشفع الى البائع والمشتري فتكون للمسافة المقصودة هنا هي المسافة بين محل الشفع ومحل البائع أو المشتري ^(٣) .

وإذا كان اليوم الأخير من ميعاد الخمسة عشر يوما يوم عطلة ، فما يجب

(١) المادة ٢٠/١٨ مرافعات : « اذا كان اليوم الأخير من الميعاد يوم عيد يصير امتداد الميعاد الى اليوم الذي بعده » .

استشاف ٢١ يناير ١٩١٨ (دائرة محمد مجدى باشا ومحمد صدق بك ومستر هل) الحقوق ٣٤ ص ١٠٦ المجموعة ٢٠ رقم ٥ ص ٥ الفهرست المعشيرة الثانية للمجموعة رقم ٩٧٠ مجموعة ناصر ١٣١٠ .

(٢) طنطا الابتدائية رقم ٥٣٠ سنة ١٩١٩ (دائرة عبد الحميد بدوى بك وعفيف عفت بك وصالح جعفر بك) المحاماة ١ رقم ٧٧ ص ٤٠١ .

نقض ٢٠ يونيو ١٩٣٥ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٥ رقم ٨٧ ص ٢٨٨ : ان مبدأ القانون في شأن المواعيد أن العطلة غير موقفة لسرياتها ، بل انها تسرى في أثنائها ، وكل ما أجازاه القانون بحسب مفهوم المادة ١٨ مرافعات أن الميعاد اذا وقع آخره يوم عطلة فانه يمتد لليوم التالى ، فان كانت الأيام التالية هي أيضا أيام عطلة امتد الميعاد لأول يوم عمل بعد هذه العطلة .

(٣) دى هلنس نبذة ١١٦ .

زيادته من مواعيد المسافة يحسب بعد اليوم التالى للعطلة^(١).

٣٠٤ — الخطأ فى احتساب الميعاد والرفع بذلك لأول مرة أمام

محكمة النقض — قضت محكمة النقض بأنه اذا تمسك المشتري بسقوط حق الشفع لعل له بالبيع فى تاريخ معين ، ودفع الشفع بعلم العلم التفصيلى بالبيع ، وقضت المحكمة باعتباره عالما من ذلك التاريخ ، ورفضت دعوى الشفعة ، ثم طعن الشفع فى هذا الحكم أمام محكمة النقض بوجه أنه أخطأ فى تطبيق القانون فى احتساب ميعاد الخمسة عشر يوما المقررة قانونا لابتداء الرغبة فى الاستئناف ، وتبين لمحكمة النقض أن محكمة الموضوع أخطأت فى احتساب هذا الميعاد على مقتضى القانون ، اذا لم تتمد لليوم التالى للعطلة ، ولم تضاف اليه ميعاد المسافة ، تعين على محكمة النقض أن تقبل هذا الدفع ، ولا يستبرسبيا جديدا ، ما دام أن هذا السبب داخل فى عموم ما دفع به لدى محكمة الموضوع ، وأن عناصره

(١) قض ٢٥ يناير ١٩٣٤ ملحق بمجلة القانون والاقتصاد ٤ رقم ٢٩ من ٦٣ . وقد جاء فى أسباب الحكم : « وبما أنه قد تبين من الحكم للطعون فيه ، ومن الانذار المعلن بمعرفة الطاعن فى ٢٣ فبراير ١٩٣١ بابتداء رغبته فى الأخذ بالشفعة ، ومن الشهادة الرسمية المقدمة منه البالغة على أنه كان وقت حصول هذا الانذار شاغلا وظيفته الرسمية بمركز شبراخيت ، وجوب احتساب مدة المسافة بين شبراخيت وشبين الكوم ، وذلك عملا بالمادة ١٧ من قانون المرافعات ، وهذه المدة لا تقل عن يوم واحد . وبإضافة هذا اليوم الى آخر الخمسة عشر يوما — التى بدأت من ٣ فبراير سنة ١٩٣١ ، وهو يوم علم الطاعن بالبيع ، كما قرره الحكم للطعون فيه ، وانتهت فى ١٨ فبراير سنة ١٩٣١ ، ثم امتدت أربعة أيام العطلة ، أى الى ٢٢ فبراير سنة ١٩٣١ — يكون الانذار الصادر من الطاعن بإظهار رغبته الأخذ بالشفعة ، والمعلن الى الطعون ضده فى ٢٣ فبراير سنة ١٩٣١ ، قد حصل فى الميعاد القانونى ، ومن ثم يكون الحكم الاستثنائى للطعون فيه الذى قضى برفض دعوى الطاعن لابتداء رغبة الأخذ بالشفعة بعد الميعاد ، يكون هذا الحكم قد أخطأ فيما قضى به .

راجع أيضا قض ٢٠ يونيو ١٩٣٥ ملحق بمجلة القانون والاقتصاد ٥ رقم ٨٧ من ٢٨٨ . وقد جاء فيه أن ميعاد المسافة بحسب المادة ١٧ مرافعات انما هو زيادة على أصل الميعاد ، وكونه زيادة على الأصل يفيد بداهة أنه يتصل به مباشرة بحيث يكون هو وإياه ميعادا واحدا متواصل الأيام ، فاذا كان الميعاد ينتهى آخره وسط أيام عطلة تستمر من بعده ، وكان لصاحب الشأن ميعاد مسافة ، فانه يأخذ هذا الميعاد متلاحقا متصلا مباشرة بأيام أصل الميعاد .

الواقعية لا تخرج عما كان معروضا على تلك المحكمة ، وأنه فوق ذلك متزعم من أسباب الحكم للطعون فيه ^(١) .

٣٠٥ - التكليف الرسمي بإبراء الرغبة - تنص المادة ٢١ على أنه :

« La mise en demeure prévue au § 2 de l'article 19 sera signifiée par acte d'huissier et devra, à peine de nullité, contenir :

1° Une description exacte de l'immeuble soumis à la préemption, avec désignation de sa situation, de ses limites et de sa contenance;

2° L'indication du prix et des charges de la vente, avec désignation des noms, prénoms, professions et domiciles du vendeur et de l'acheteur ».

« يجب أن يعلن التكليف الرسمي ^(٢) المنصوص عنه في الفقرة الثانية من المادة التاسعة عشرة على يد محضر وأن يشمل على البيانات الآتية والا عد لاغيا ، وهذه البيانات هي :

أولاً - بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بيانا دقيقا مع تعيين موقعه وحدوده ومقاسه .

ثانياً - بيان الثمن وشروط البيع واسم ولقب وصنعة ومحل سكن كل من البائع والمشتري » .

أي البيانات الكافية الخاصة بالمشتري والبائع ، حتى يمكن الشفيع أن يعلن رغبته اليهما من غير تأخير ^(٣) .

والثمن الواجب ذكره في الأخطار - والا كان لاغيا - هو الثمن المبين في العقد . فإذا كان الثمن المذكور هو غير الثمن الحقيقي فلشفيع أن يعلن فيه ، ويثبت بجميع الطرق القانونية مقدار الثمن الحقيقي ، ولكن يجب عليه أن يبدى

(١) قضى ٢٥ يناير ١٩٣٤ ملحق بمجلة القانون والاقتصاد ٤ رقم ٢٩ ص ٦٣ .

(٢) يقابل عبارة « التكليف الرسمي » في النص الفرنسي عبارة « mise en demeure » وهي ليست ترجمة صحيحة لها .

(٣) دى هلنس نبذة ١١١ .

رغبته في ظرف الخمسة عشر يوما من وقت الاخطار . فاذا كان الثمن المذكور في الاخطار لا يطابق الثمن المذكور في العقد ، أو اذا كانت البيانات الأخرى المشتركة في المادة ٢١ تخالف البيانات المذكورة في العقد ، كان الاخطار لاغيا ، ولا يترتب عليه سريان الخمسة عشر يوما المسقطه لحق الشفيع ^(١) .

والاخطار الرسمي غير لازم ^(٢) ، فيجوز اخطار الشفيع شفويا ، أو أمام شهود ، أو بخطاب في البريد ، على أنه اذا أنكر الشفيع وصول الخطاب اليه فيمكن المشتري أن يثبت ارساله ، وان كان هذا الاثبات ليس من السهل في غالب الأحوال ، ولهذا يكون من الأصوب عمل الاخطار رسميا على يد محضر ^(٣) .

ويجوز أن يعلن التكليف الى وكيل عن الشفيع اذا كان مخولا له أن يمثل موكله أمام المحاكم ، وأن يتسلم عنه الأوراق والأحكام ، فاذا مضى ١٥ يوما بعد ذلك ولم يحصل اعلان الرغبة من الشفيع سقط حقه ^(٤) .

على أن المشتري غير ملزم بأن يخطر الشفيع بمحصول الشراء ^(٥) . وكان من الأوفق لو أن الشارع جعل الاخطار الزاميا ، فكان بذلك يمنع كثيرا من الدعاوى ، ويزيل صعوبة الاثبات ^(٦) .

٣٠٦ - علم الشفيع - لأجل أن يسقط حق الشفيع لعدم المطالبة في مدة الخمسة عشر يوما من وقت علمه بالبيع ، لا يكفي أن يكون قد علم

(١) دى هلنس نبذة ١١٢ - استئناف مخطوط ١٨ ابريل ١٩٠٧ (١٩) ص ٢١٣ .

(٢) استئناف مخطوط ١٦ نوفمبر ١٩٠٥ (١٨ ص ٢٠) .

(٣) دى هلنس نبذة ١١٣ .

(٤) استئناف مخطوط ١٣ ابريل ١٩١٣ (٢٥ ص ٢٨١) .

(٥) استئناف مخطوط ١٥ نوفمبر ١٩١٦ (١٩ ص ٩) .

(٦) فورجير ص ٣٢٤ .

بمصول البيع ، بل يلزم أيضاً أن يكون قد عرف اسم المشتري ^(١) وعن البيع وباقي شروط البيع حتى يمكنه أن يقرر رغبته في الشفعة ^(٢) .

وقد بينت المادة ٢١ الشروط التي يجب أن يشتمل عليها اعلان تكليف الشفع ابداء رغبته والا عد لاغيا ، فاذا علم الشفع بالبيع من طريق آخر غير طريق التكليف بابداء رغبته فيجب أن يكون قد عرف هذه الشروط أيضا حتى يمكنه أن يقدر أياخذ بالشفعة أم لا ^(٣) .

(١) استئناف مختلط ١٥ يونيه ١٩١٨ (٣٠ ص ٤٩٠) .

(٢) دى هلنس نبذة ١٠٧ .

استئناف ٣ مارس ١٩٠٣ (دائرة سمد زغلول بك ومستر هالتون ومستر برى) الاستغلال ٢ رقم ١٤٦ ص ١٦٧ المجموعة ٤ رقم ٨٥ ص ١٩٣ الفهرست المصرية الأولى للمجموعة ٨٦٦ الحقوق ١٨ ص ٢١٩ .

النصورة الاجنادية أول فبراير ١٩١٧ (دائرة فوزى المطبى بك والقاضى حسن رفعت والقاضى عبد الوهاب عزت) المجموعة ١٨ رقم ٧٠ ص ١٢١ الفهرست المصرية الثانية للمجموعة رقم ١٧٦ الحقوق ٣٣ ص ٤٣ .

ديماط الجزئية ٢٤ ديسمبر ١٩٣٠ (القاضى أحمد فؤاد بك) المحاماة ١١ رقم ٣٣٢ ص ٦٦٨ مجموعة ناصر ٤٧٥٢ .

(٣) دى هلنس نبذة ١١١ .

فارق استئناف ٩ مايو ١٩٣٣ (دائرة حسن نبيه المصرى بك وأحمد نظيف بك ومحمد زكى على بك) المحاماة ١٤ رقم ١٢ ص ١٩ : ان العلم الكافى الذى يترتب عليه البادرة بطلب الشفعة هو معرفة المبيع والتمن ، مع ملاحظة أن الشفع حق للناقضة والنازعة فيه اذا ظهر له أنه غير حقيقى ، أما باقى شروط البيع وطريقة دفع الثمن فليس من اللازم علم الشفع بها ، لأنه فى حل من المدول عن طلب الشفعة اذا تبين له بسد اداء رغبته فيها أن هناك شروطا لا يقبلها ، كما أنه من المقرر قانونا أن الشفع لا يستفيد من اتفاق البائع مع المشتري على تأجيل دفع الثمن كله أو بعضه الا برضا البائع ، وهذا الرضا لا علاقة له بطلب الأخذ بالشفعة ، ولا يتوقف هنا الطلب عليه . فضلا عن هذا فان من له مصلحة حقيقية فى أخذ المبيع بالشفعة لا يتوانى مطلقا فى ابداء رغبته فى اليباد القانونى ليحفظ حقه من السقوط ، ويستطيع أن يضمن اعلان الرغبة كافة التحفظات التى يرى من مصلحته ابداءها بسبب جهله جميع البيانات المتعلقة بمشروط البيع وبمحققة الثمن ، والمهم فى الأمر أن يعرف الشفع المبيع الذى له حق أخذه بالشفعة والتمن الذى تم به البيع ، وان تذكر عليه معرفة هذا الثمن كان فى حل من أن يبدى به

ولا يقال ان الشفع الذى علم بالبيع يلزمه أن يبحث عن معرفة شروطه وبقية أركانه ، فان لم يعمل ذلك عد مقصرا وسقط حقه ، خصوصا اذا كان عقد البيع مسجلا ويسهل الاطلاع عليه لمعرفة البيع وأحواله ، لأن العلم المسقط للشفعة عند عدم ابداء الرغبة فيها فى ظرف خمسة عشر يوما يجب أن يكون علما حقيقيا حاصلًا بالفعل ^(١) ، أما العلم التقديرى الذى فرضه القانون فلا يسقط الحق به بمضى خمسة عشر يوما ، بل لا بد من مضى ستة أشهر ، وهو العلم الذى فرضه القانون حاصلًا من تسجيل عقد البيع ، وستكلم فيه عند بيان مسقطات الشفعة ^(٢) .

== رغبته فى الأخذ بالشفعة بالبلغ الذى يقدره ثمنًا حقيقيا مع استمساكه برغبته هذه فى حالة ما اذا كان الثمن الحقيقي أكثر مما قدره .

أنبوب الجزئية ٩ فبراير ١٩٢٦ (الفاضى فؤاد عزيز) المحاماة ٦ رقم ٣١٣ من ٤٥٣ الجدول العبرى الأول للمحاماة رقم ١٠٤٣ بمجموعة ناصر ٤٧٥٠ .

استئناف ٦ يناير ١٩٢٩ (دائرة على حيدر حجازى بك ومسيو سوبان وأحمد مختار بك) المحاماة ١٠ رقم ٢٦٤ من ٥٣٩ الجدول العبرى الأول للمحاماة ١٠٤٨ بمجموعة ناصر ٤٧٥١ .

ملوى الجزئية ١٧ يناير ١٩٣٢ الجريدة القضائية ١١٨ من ١٣ بمجموعة ناصر ٤٧٥٣ .
راجع مرشد الحيران :

المادة ١٤٤ : اذا أخبر الشفع بمقدار الثمن ، فاستكره فلم فى الشفعة ، ثم تحقق له أن الثمن أقل مما أخبر به ، فله حق الشفعة .

المادة ١٤٥ : اذا علم باسم للمشتري فلم فى الشفعة ، ثم بان له أن المشتري هو غير من همى ، فله حق الشفعة .

المادة ١٤٦ : اذا بلغ الشفع شراء نصف المقار الشفوع فلم فى الشفعة ، ثم تحقق له شراء كل للبيع ، فله الشفعة ، وفى عكسه لا شفعة له .

(١) عكس ذلك : أول مايو ١٩١٢ (٢٧٤) — هالتون من ١٧٧ .

(٢) استئناف ٣ مارس ١٩٠٣ (دائرة سعد زغلول بك ومستر هالتون ومستر برى) المجموعة ٤ رقم ٨٥ من ١٩٣ الحقوق ١٨ من ٢١٩ للتقدم مجموعة ناصر ١٣٢٠ .

التصورات الابتدائية أول فبراير ١٩١٧ للتقدم المجموعة ١٨ من ١٢١ رقم ٧٠ الحقوق ٣٣ من ٤٣ بمجموعة ناصر ١٣٢١ .

٣٠٧ - اثبات العلم - يكون من الصعب في كثير من الأحوال تعيين الوقت الذي يعلم فيه الشفيع بالبيع ، وهو الذي يبدأ منه ميعاد الخمسة عشر يوما التي يسقط بعدها حق الشفعة اذا لم يقرر الشفيع رغبته فيها كما تقدم (١) .

والذي عليه اثبات العلم هو المدعى عليه في الشفعة ، ويمكنه أن يثبتته بجميع طرق الاثبات (٢) ، بما في ذلك الاثبات بالبينة ، قد جاء في المادة ٢٠ :

« Le fait de la... connaissance de la vente (pourra être prouvé) par tous les moyens légaux et même par témoins » .
 « يجوز اثبات ... العلم بالبيع بكافة طرق الاثبات المقررة في القانون بما فيها الاثبات بالبينة » .

ويجوز استخلاص العلم من قرائن الأحوال (٣) ، ككون الشفيع والمشتري جارين وبينهما قرابة وكون المشتري أدار حركة العين ادارة ملك ونقل التكليف لاسمه ودفع الأموال (٤) .

(١) دى هلنس نبذة ١٠٦ .

(٢) راجع استئناف أهلى ٢٦ فبراير ١٩٠٧ (دائرة أحمد زيور بك ومستر ألتون ومستر ايموس) الاستقلال ٦ ص ٢٤٤ المحاكم ٢٠ رقم ١٢٧ ص ٤٢٢٦ - وقد قرر هنا المحكم : لا يحتم القانون على المحكمة وجوب توجيه البين الى الشفيع عند طلبها بشأن علمه بالبيع ، بل الأمر موكول لسلطة المحكمة تنصرف فيه تبعاً لما تراه من ظروف الدعوى .

(٣) استئناف مخطط أول مايو ١٩٠٢ (١٤ ص ٢٧٥) .

(٤) استئناف أهلى ١٩ نوفمبر ١٩٠١ (دائرة قاسم أمين بك ومسوي دى هلنس ومستر ساتو) المجموعة ٤ رقم ٢٧ ص ٦٣ الاستقلال ٢ رقم ١٠١ ص ١٣٦ . وقد قرر هنا المحكم أن للمحكمة أن تستتج من تاريخ البيع وعلاقات المصوم بعضهم مع بعض الوقت الذي لا بد أن يكون قد علم الشفيع فيه بالبيع واللدة التي تراها كافية في حالة سكوته لرضاء بالبيع ، وتخصي اذ ذاك بقوط حقه في الشفعة أو ببقائه .

راجع أيضا استئناف ١٠ مارس ١٨٩٨ القضا ٥ ص ٢٩٤ ، ٢٥ مارس ١٨٩٨ القضا ٥ ص ٢١٨ .

استئناف مخطط ١٤ يونيه ١٩٠٦ (١٨ ص ٣٢٧) ، أول مايو ١٩٠٢ (١٤ ص ٢٧٥) ، ٦ ابريل ١٩٠٤ (١٦ ص ١٨٢) .

وقد قررت محكمة طنطا الابتدائية^(١) أن مجرد وجود طالب الشفعة في المنزل يوم البيع لا يكفي في اعتباره علما بالبيع والمشتري وبالتالي^(٢) .
وكل ما لا يصدر عن أحد الخصوم أو لم يأذن به لا يكون حجة عليه ،
ولذلك لا يصح الاستدلال على علم الشفيع بالبيع ورضاه به من مكاتبات متبادلة بين أشخاص آخرين تفيد ذلك^(٣) .
وحكم بأنه لا يكفي علم وكيل الشفيع أو نائبه بالبيع لسقوط حق الشفيع اذا كان هذا الأخير يجمله^(٤) .

وحكم أيضا بأنه لا محل لاحالة القضية على التحقيق لاثبات علم الشفيع بالبيع قبل الطلب بأزيد من خمسة عشر يوما اذا كان للمشتري عرض على الشفيع تسليمه العين وطلب هذا الأخذ بالشفعة في الميعاد القانوني ، لأنه بذلك يكون قد حدث ايجاب وقبول بنى عليهما تمام العقد ، وعليه فلا يصح للمشتري

= راجع أبنوب الجزئية ٩ فبراير ١٩٢٦ (الفاضي فؤاد عزيز) الحاماة ٦ رقم ٣١٣ ص ٤٥٣ المجدول العشري الأول للحمادة رقم ١٠٤٣ .

وقد قضت محكمة أسبوط الابتدائية (١٨ يناير ١٩٢٨ ، دائرة عبد الفتاح السيد بك والفاضي أحمد نصرت والفاضي حسين لطفي ، المجموعة ٢٩ رقم ٦٠ ص ١٣٢ الحاماة ٩ ص ٤٣٤ مجموعة ناصر ٤٧٧٣) بأن الفرجة وحدها ليست بقرينة قاطعة في مسألة العلم ، وخصوصا أن الشفيع سيدة وقد تجهل مثل هذه التصرفات مدة من الزمن حتى يتناع أمرها ويرفها سائر الناس ، لا سيما مع ما تمسكت به من أنها ليست مقيمة مع البائعين وكون البيع حصل في أسبوط .

(١) طنطا الابتدائية ١٢ مايو ١٩١٧ (دائرة القضاة مصطفى النحاس ويوسف ميتا وجمال الدين أباطه) المجموعة ١٩ رقم ٩ ص ٨ .

(٢) راجع دى هلنس نيفه ١٠٩ .

(٣) استئناف أهلى ٢٦ ديسمبر ١٨٩٨ (دائرة محمد مجدى بك وعجي ابراهيم بك ومسترد ألتون) الحقوق ١٤ ص ١ القضاء ٦ ص ٧٣ .

(٤) استئناف مغلط ٢٩ يناير ١٩٠٣ (١٥ ص ١٢١) ، ٢ يونيو ١٩٠٤ (١٦ ص ٣١٣) الاستقلال ٤ ص ١٠٥ رقم ١٠٤ .

الرجوع فيما تم^(١) .

٣٠٨ — طلب الشفعة الموصى — طلب الشفعة اللاحق لا يعتبر متما للطلب السابق ، فإذا جاء الطلب اللاحق بعد انقضاء المواعيد القانونية عليه باعتباره طلبا أصليا يكون قد سقط الحق فيه وغير مقبول لهذا السبب ، كما أن الطلب السابق يكون غير مقبول لعدم صحته قانونا^(٢) .

٣٠٩ — الرجوع في طلب الرغبة — اذا أبدى الشفيع رغبته وفقا للمادة ١٤ من قانون الشفعة ، هل يقيد بهذه الرغبة ، أم هل يجوز له أن يرجع فيها ؟ لا يوجد ما يمنع رجوع الشفيع عن طلبه ، وليس هناك ما يشكو منه المشفوع منه ، لأنه برجوع الشفيع عن طلب الشفعة يستبقى ملكا يرغب هو في شرائه . ولكن اذا قبل المشفوع منه طلب الشفيع ، وأعلم هذا الأخير برضائه ، فانه في هذه الحالة لا يجوز للشفيع أن يرجع لحصول تعاقد صريح بين الطرفين^(٣) .

٣١٠ — تسجيل اعلانه الرغبة^(٤) — يشترط القانون اعلان طلب الشفعة ليترتب عليه آثاره بالنسبة للغير ، فقد يتعامل المشتري مع الغير رغم اعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، فيحصل الغير بحسن نية على حقوق عينية ، وما دام أنه لا توجد وسيلة يعلم بها الغير بحق الشفعة النية يهددم ، فان الحقوق التي حصلوا عليها تبقى صحيحة ، ولكن بعد تسجيل اعلان الرغبة لا يحتج بمحقوقهم على الشفيع .

ويحصل التسجيل في قلم رهونات المحكمة المختلطة الكائن بدائرتها العقار

(١) استئناف أملي ٢٦ نوفمبر ١٩٠٥ (دائرة قاسم أمين بك ومستر ألتون وأحد طلعت بك) الحقوق ٢١ ص ٨٤ .

(٢) ملوى ٨ يناير ١٩١٩ (القاضي موافى علام) الحقوق ٣٥ ص ٩٣ رقم ٣٤ .

(٣) فورجير ص ٣٢٤ — ٣٢٥ — دى هلتس نبذة ١٣٠ — ١٣٢ .

(٤) راجع ما تقدم نبذة ٢٦٩ .

إذا كان أحد أطراف الدعوى أجنبياً .

وقد نصت المادة ١٤ على الأكثفاء بإجراء التسجيل بقلم كتاب المحكمة الابتدائية الأهلية الكائن بدائرتها القار إذا كانت الشفعة بين وطنيين . ولأجل أن يكون اعلان الرغبة حجة على الغير (الدائنين المرتهنين والمشتريين الخ) من الأجانب ترسل صورة من التسجيل الى قلم رهونات المحكمة المختلطة الكائن بدائرتها القار لتجرى تسجيله ، ولا يحتاج على الغير من تبعة النول الأجنبية الا من تاريخ هذا التسجيل .

وعلى قلم كتاب المحاكم الأهلية ارسال الصورة . فاذا أهمل ولم يبعث بصورة التسجيل فلا يكون اعلان الرغبة حجة على الغير من تبعة الدول الأجنبية ، ويكون للشفيع حق مقاضاة قلم الكتاب

والظاهر أن التسجيل لا يمكن اجراؤه في المحاكم الشرعية ، لأن القانون لم يذكر هذه المحاكم ، واقتصر في المادة ١٤ على النص على اجرائه في قلم رهونات المحكمة المختلطة ، وفي قلم كتاب المحاكم الابتدائية الأهلية .

٣١١ - ما يترتب على اعلانه الرغبة من حيث تصرفات المشتري -

فرق القانون في المادة ١٢ بين التصرفات التي يجريها المشتري قبل تسجيل طلب الشفعة ، والتصرفات التي يجريها بعد ذلك ، وجعل لكل حكماً .

كذلك فرق القانون في المادة ١٠ بين حكم البناء والفرس الحاصلين من المشتري قبل طلب الأخذ بالشفعة وحكم البناء والفرس الحاصلين بعده . وستكلم في ذلك فيما بعد عند بيان ما يترتب على حق الشفعة .

٣١٢ - مقارنة اجراءات القانون بالاجراءات الشرعية -

يرى أن اعلان الشفيع رغبته في الشفعة على حسب القانون يقوم مقام طلبى اللوابة والشهاد في الشريعة الاسلامية ، وان كانت اللواعيد والاجراءات تختلف .

أما رفع الدعوى التي ستتكم فيه فيما يلي فهو بمثابة طلب التملك والخصومة ،

والمدة الفاصلة بينه وبين اعلان الرغبة ثلاثون يوما ، كاللدة بين طلب الخصومة والتحكك وطلب التقرير والاشهاد بحسب أحكام الشريعة .

ثانيا - رفع دعوى الشفعة

٣١٣ - القانون المدنى - لم يحدد القانون القديم ميعادا لرفع دعوى الشفعة بعد التقرير من الشفيع برغبته فى التمسك بها . على أن المحاكم كانت تقضى بأنه يتعين عليه رفعها فى أقرب وقت ممكن ، حتى لا يبقى المشتري طويلا تحت طائلة التهديد بالمطالبة بالشفعة ^(١) .

٣١٤ - قانون الشفعة - نص قانون الشفعة بعبارة صريحة فى المادة ١٥ منه على الآتى :

« La demande en préemption doit, à peine de déchéance, être introduite entre le vendeur et l'acquéreur devant le tribunal de la situation de l'immeuble dans le délai de trente jours à partir de la signification de l'acte prévue à l'article 14 » .

« ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الكائن بدائرتها العقار فى ميعاد ثلاثين يوما من تاريخ الاعلان المنصوص عنه فى المادة الرابعة عشرة والا سقط الحق فيها » ^(٢) .

٣١٥ - من يرفع الدعوى - الذى يرفع الدعوى هو الشفيع ^(٣) .

(١) استئناف ١٣ يونيه ١٩٠١ (دائرة أحمد عفيق بك وحامد محمود بك ومستر ساتو)
المجموعة ٣ رقم ١٧ ص ٥١ التهرست العشرية الأولى للمجموعة رقم ٨٦٣ الحقوق ١٧ ص ٢٧٤ .

استئناف ١٩ نوفمبر ١٩٠١ (دائرة قاسم أمين بك ومسيو دى هلنس ومستر ساتو)
المجموعة ٤ رقم ٢٧ ص ٦٣ .

(٢) استئناف مختلط ٣ فبراير ١٩٢٠ (٢٢ ص ١٤٩) .

(٣) دى هلنس نبذة ١٠٥ .

٣١٦ - الوكيل في الإدارة - يجوز للوكيل في الإدارة أن يشفع في

عقار باسم موكله ، لأنه ليس ممنوعا من أن يشتري لموكله بماله عقارا اذا رأى لموكله مصلحة في ذلك ، خصوصا اذا أجاز الموكل عمل وكيله بعد رفع دعوى الشفعة ، لأن الاجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة ^(١) . ولا حاجة لتوكيل خاص لتقديم طلب الشفعة ^(٢) .

(١) استئناف ٦ فبراير ١٩٢٢ (دائرة أحمد طلعت باشا ومستر مارشال وعطيه حسي بك) المحاماة ٢ رقم ١٠١ ص ٣١٧ الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ١٠٩٣ مجموعة ناصر ١٢٧٨ . وقد جاء في هذا الحكم :

« وحيث وان كان الوكيل في إدارة أشغال موكله ممنوعا أصليا من أعمال التصرف في الأعيان الثابتة ، إلا أنه اذا كان تصرفه هنا فيه مصلحة لموكله ، بحيث لو لم يعمل بعد مقصرا ، فيعتبر هذا العمل من أعمال حسن الإدارة الواجب على الوكيل القيام به ، ولذلك يجوز له عمله باعتبار أنه داخل في حدود توكيله ، كأن اشترى عقارا من مال موكله صفقة رابحة . هذا فضلا عن أن القانون لا يحرم على الوكيل في الإدارة الا التصرف بالبيع *alienation* ، ولم يحرم عليه المشتري ، ولو كان خاصا بفقر ، خصوصا في ذلك الوقت اللاحق (انظر باندكت فرانسيه جزء ٣٧ نوتة ٤٨٧ و ٥١٦ ص ١٠٩٤ و ١٠٩٦) .

« وحيث ان الوكيل المذكور رفع باسم موكله دعوى الشفعة باعتبار أن فيها مصلحة له ، ولما كان الفرض منها أن يعمل الشفع عمل المشتري ، فلا يمكن أن يعتبر فعل هذا من التصرفات المحظور عليه عملها بخصوص التوكيل السابق ذكره .

« وحيث فضلا عن ذلك فان (الموكل) حرر توكيلا مصدقا عليه بصفة رسمية بتاريخ ٥ يونيه سنة ١٩٢٠ بمدينة باريس الى (الوكيل) صرح له فيه بأن يكون وكيلا شرعيا عنه ولاصمه في تنفيذ كل العقود والمائل والأشياء التي تكون ضرورة للطالبة والحصول على حق الشفعة المذكور ، وقد أجاز له الأعمال السابقة التي أجراها بشأن هذه القضية وقد صادق ووافق على ذلك .

« وحيث من المقرر قانونا أن الموكل اذا أجاز وكيله على ما ضله خارجا عن حدود التوكيل فيكون عمله نافعا ومحيجا بهذه الاجازة ، تصبح أعمال الوكيل الماضية نافذة من مبدئها كأن لم تشيها أدنى شائبة ، فالاجازة تسري على الماضي ، كما وأنه من المقرر شرعا أن الاجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة » .

(٢) مصر ١٣ فبراير ١٨٩٢ المحقوق ٦ ص ١٢ مجموعة ناصر ١٢٧٧ .

٣١٧ — هل لدائى الشفيع رفع دعوى الشفعة؟ — دعوى الشفعة شخصية ، فليس لدائى الشفيع رفعها تطبيقا للمادة ٢٠٢/١٤١ مدنى ^(١) ، وهذا هو الحكم أيضا فى القانون الفرنسى بالنسبة لحق الاسترداد الوراثى retraits successoral ^(٢) .

٣١٨ — القاصر — هل يسوغ للقاصر أن يقيم دعوى الشفعة ؟ — راجع ما سيجىء نبذة ٣٥٤ .

٣١٩ — على من ترفع الدعوى؟ — تنص المادة ١٥ على وجوب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري معا . والمشتري هو الخصم الحقيقى فى الدعوى ، ولكن قانون الشفعة قضى أيضا برفع الدعوى على البائع ، ولم يكن القانون المدنى يقضى بادخاله فى الدعوى ، بل كانت ترفع الدعوى ضد المشتري فقط ^(٣) . والحكمة التى قصدها الشارع من وجوب ادخال البائع فى دعوى الشفعة أن ادخاله من الأحكام المتعلقة بحق الشفعة نفسه ، لأنه شرط فى صحة استعماله ، إذ أن طلب الشفعة بطبيعته هو طلب موجه فى الحقيقة ضد البائع والمشتري فى آن واحد ، والحكم فى هذا الطلب هو حكم عليهما معا ، فان الشفيع بمقتضى المادة ١٣ من القانون المذكور « يحل بالنسبة للبائع محل المشفوع منه فى كافة ما كان له وعليه من الحقوق » ، فيتحول عقد البيع اذن من كونه بين البائع والمشتري الى كونه بين البائع والشفيع ، فسقط حقوق البائع قبل المشتري ، ولا يمكنه أن يطالب بها الا الشفيع الذى حل محله ، ويصبح البائع له حقوق وعليه واجبات قبل الشفيع نفسه ، فيطالبه بالثمن ويضمن له البيع ، وطلب الحكم بالشفعة هو طلب الحكم بكل ذلك . ويظهر مما تقدم أنه لا يجوز الحكم للشفيع بأحقية

(١) دى هانس ١٠٥ — فورجير ص ٣٢٦ .

(٢) پلانيول ٣ نبذة ٢٤٥٠ و ٩٦٨ .

(٣) استئناف مخطط ١١ مارس ١٨٩١ (٣ ص ٢٢٢) ، ٢٧ ابريل ١٨٩٣ (٥

بالشفعة التي هي في الحقيقة طلبات موجهة ضد البائع كما هي ضد المشتري بدون ادخال البائع .

ومن ثم اذا كان البائع للعقار أجنبيا وجب أن ترفع الدعوى أمام المحكمة المختلطة^(١) .

واذا لم يعلن الشفيع المشتري أو البائع في ميعاد الثلاثين يوما سقط الحق في الشفعة^(٢) .

٣٢٠ — ولا يشترط أن يعلن البائع والمشتري لنفس الجلسة^(٣) .

٣٢١ — واذا رفعت دعوى شفعة على البائع في الميعاد ، ولم تكن كذلك بالنسبة للمشتري ، فلا تعتبر صحيحة بالنسبة له ، لأن الأمر بين البائع والمشتري ليس من نوع حالات عدم التجزئة التي تغلب فيها الصحة على البطلان كما هو الشأن في الاستئناف ، كما أنه لا محل في الشفعة لتطبيق قواعد تفسير العقود التي تغلب فيها الصحة على البطلان ، لأن الشفعة ليست عقدا ، وإنما هي طريقة تمليك بحكم القانون ، فلا تجرى عليها أحكام العقود^(٤) .

(١) نططا الابتدائية استئناف ٢٤ فبراير ١٩١٤ (دائرة محمد ابراهيم بك ومستر فوكس وأحمد محمد خشب بك) الفرائع ٢ رقم ٥٣ ص ٤٨ المجموعة ١٦ رقم ٩ ص ١١ الفهرست المصرية الثانية للمجموعة رقم ١٨٨ .
دى هلتنس نبذة ١٠٥ .

(٢) استئناف ٢١ مايو ١٩٣٠ (دائرة عبد العظيم راشد باشا ومحمود المرجوشي بك ويس أحمد بك) المحاماة ١١ رقم ٣٢ ص ٥٨ مجموعة ناصر ٤٧٣١ .
استئناف مختلط ٣ فبراير ١٩٢٠ (٣٢ ص ١٤٩) ، ١٩ فبراير ١٩٢٤ (٣٦ ص ٢٢٨) .

(٣) استئناف مختلط ٢٩ يناير ١٩٠٣ (١٥ ص ١٢١) .

(٤) نططا الابتدائية رقم ٥٣٠ سنة ١٩١٩ (دائرة عبد الحميد بدوى بك والقاضي عفيفي عفت والقاضي صالح جعفر) المحاماة ١ رقم ٧٧ ص ٤٠١ الجدول المصري الأول للمحاماة رقم ١٠٢٩ ورقم ٥٦٥٤ .

أسيوط الابتدائية ١٨ يناير ١٩٢٨ (دائرة عبد الفتاح السيد بك والقاضي أحمد نصرت والقاضي حسين لطفي) المحاماة ٩ رقم ٢٤٨ ص ٤٣٤ الجدول المصري الأول للمحاماة رقم ١٠٣٨ المجموعة ٢٩ رقم ٦٠ ص ١٣٢ مجموعة ناصر ٤٧٣٠ .

٣٢٢ — وإذا رفضت الدعوى بمقتضى اعلان المحضر الذى بموجبه أظهر الشفيع رغبته الأخذ بالشفعة فانه لا يبنى على ذلك بطلان الاجراءات ، اذ أن المادة ١٤ ، التى تقتضى أن اعلان الرغبة يجب أن يسبق رفع الدعوى ، لم تقرر أن مخالفة ذلك يبنى عليه البطلان ^(١) .

٣٢٣ — وإذا رفضت دعوى الشفعة على البائع والمشتري ، وتبين أن البائع الحقيقى غير المرفوع عليه الدعوى ، فليس ما يمنع الشفيع من رفع الدعوى من جديد فى الميعاد القانونى من تاريخ علمه بالبائع الحقيقى على الأخير والمشتري نفسه ، ولا يجوز للمشتري فى هذه الحالة الدفع بعدم سماع الدعوى لسبق الفصل فيها ، لاختلاف البائع فى الدعويين ^(٢) .

٣٢٤ — محل الاعتراض — المحل الذى أوجب القانون صحة الاعلان فيه هو المركز الشرعى المنسوب للانسان الذى يقوم فيه باستيفاء ما له وايفاء ما عليه ، ويعتبر وجوده فيه على الدوام ، ولو لم يكن حاضرا فيه بعض الأحيان أو أغلبها ، أو أنه لا يجهل ما يحصل فيه مما يتعلق بنفسه . فاذا كان المعلن اليه موظفا ومقما بعيدا عن بلده الأصلية ، وثبت للمحكمة من الأوراق المقدمة فى الدعوى أن له فى بلده محلا ينطبق عليه هذا التعريف ، فالاعلان الذى يحصل فيه صحيح ^(٣) .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه اذا ترك المشتري محل اقامته

(١) استئناف مختلط ١٠ مارس ١٩٢١ (٣٣ من ٢٠٩) ، ٦ ابريل ١٩٢٠ (٣٢ من ٢٥٧) .

راجع ما تقدم بنبذة ٢٧٥ .

(٢) استئناف ٢ يناير ١٩٢٨ (دائرة أحمد طلعت باشا وحافظ لطفى باشا ومحمد عبد الهادى الجندى بك) الحاماة ٨ رقم ٣٢٧ من ٥٠٠ الجدول العشرى الأول للحاماة رقم ١٠٣٧ مجموعة ناصر ٤٧٣٤ .

(٣) استئناف مصر ٨ ديسمبر ١٩٣١ (دائرة كامل ابراهيم بك وعمود ساسى بك وعلام محمد بك) المجموعة ٣٣ رقم ٩٢ من ١٧٤ .

للموضح لمعقد البيع ، من غير أن يترك عنوانه الجديد ، فانه يجب على الشفيع أن يعلنه بطلب الشفعة في النيابة فوراً ، والا سقط حقه لو ترك الميعاد يسرى ^(١) .

٣٢٥ — وحكم بأنه اذا تعمد البائع تجهيل الشفيع اسم المشتري منه ، ثم دفع دعوى الشفعة بعدم قبولها بناء على أنها لم ترفع على المشتري منه ، كان دفعه غير صحيح ، لأنه ليس له أن يتنفع بنشه وتضليله ^(٢) .

٣٢٦ -- بيع المشتري العين المشفوعة ورفع الدعوى على المشتري

الثاني — تقضى المادة الخامسة عشرة بوجوب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري ، كما تقضى المادة التاسعة بأن العين الجائز أخذها بالشفعة اذا باعها مشترئها قبل تقديم طلب ما بالشفعة وتسجيله لا تقام دعوى أخذها بالشفعة الا على المشتري الثاني بالشروط التي اشترى بها ^(٣) .

وتدل هذه المادة بمفهوم المخالفة على أنه اذا باع العين مشترئها بعد تقديم طلب الشفعة وتسجيله فان دعوى أخذها تقام على المشتري الأول بالشروط التي اشترى بها .

وقد قضت محكمة النقض بناء على ذلك بأنه اذا باع المشفوع منه العقار الى أجنبي بعد رفع دعوى الشفعة أمام المحكمة ، فان هذا البيع لا يقتضى ترك الدعوى الأهلية ، ورفع دعوى أمام المحكمة المختطة ، ولا ادخال المشتري الأجنبي أمام المحكمة الأهلية . ولكن اذا ادخل المشتري الأجنبي للحكم في مواجهته بطلبات

(١) استئناف مختلط ٥ فبراير ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٥٢ من ١٠٢٠ الجدول المشرى الأول للسماعة رقم ١٠٣٩ .

(٢) استئناف ٢٢ يونيه ١٩٢٥ (دائرة محمد حمز باشا وعلى جلال بك وعبد العزيز محمد بك) المحاماة ٦ رقم ١٠٢ من ١٤٠ الجدول المشرى الأول للسماعة رقم ١٠٩٨ مجموعة ناصر ٤٧٣٢ .

راجع أيضا استئناف ٢٤ مارس ١٩٠٧ (دائرة قاسم أمين بك ومستر ويل وعبد الحافظ ثروت بك) الاستغلال ٦ من ١٤٨ المحاكم ٢٠ من ٤١٣٠ الحقوق ٢٣ من ٩٩ المجموعة ٩ رقم ١٥ من ٣٨ مجموعة ناصر ١٢٦٥ .

(٣) استئناف مختلط ٦ ابريل ١٩٢٠ (٣٢ من ٢٥٧) .

للدعى ، فدفع بعدم اختصاص المحاكم الأهلية ، فانه يجب على المحكمة الأهلية أن تأخذ بهذا الدفع — في حق الأجنبي — وأن تقصر حكمها على ما يتعلق بطلبات الخصوم الوطنيين ودفاعهم فقط ، فان قضت في الطلبات الموجهة الى المشتري الأجنبي ، كان حكمها واجب النقص ، بالنسبة لهذا المشتري ^(١) .

٣٢٧ — تعدد البائعين أو المشترين — اذا رفع الشفيع في الميعاد القانوني دعوى شفعة على بعض بائعى عقار ، وهو لا يعلم بوجود غيرهم ، ثم أدخل باقى البائعين فى الدعوى عند ما علم بوجودهم ، فالدعوى صحيحة ولو كان أدخل الآخرين بعد انقضاء ميعاد الثلاثين يوما ^(٢) .

واذا كان موضوع الشفعة قطعة أرض قابلة للقسمه المادية ، واشتراها عدة أشخاص باعتبار حصه لكل منهم ، فان اعلان الشفعة الحاصل لبعض المشترين فقط لا يكون له تأثير بالنسبة لباقى المشترين ، ولو أن الاعلان يشير الى قطعة الأرض جميعها ، اذ لا يمكن اعتبار الدعوى غير قابلة للتقسام ^(٣) .

واذا بيع عقار على الشيوخ لشخصين ، وكانت الشفعة ، بناء على المادة ١١ من قانون الشفعة ، لا يمكن استعمالها الا فى العقار جميعه ، فان الدعوى لا تكون صحيحة الا اذا رفعت فى للميعاد القانونى على المشترين الاثنين ، فاذا أعلن أحدهما فقط فى الميعاد سقط حق الشفيع بالنسبة للكل ^(٤) .

٣٢٨ — هل يصح رفع الدعوى على الوكيل — قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن اعلان الشفعة للبائع بورقة تعلن لوكيله باطل ، ولو كان الوكيل مأذونا بالحضور عنه أمام القضاء ، لأن اعلان هذه الورقة خاضع للقانون

(١) قض ٩ يونيه ١٩٣٥ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٥ رقم ٨٦ ص ٢٨٧ .

(٢) استئناف ٦ ابريل ١٩٠٥ (دائرة أحمد عفيفى بك ومستر رويل ومستر ساتو)
المجموعة ٦ رقم ١٠١ ص ٢١٧ الفهرست المصرية الأولى للمجموعة ٨٥٦ مجموعة ناصر ١٢٧٤ .

(٣) استئناف مختلط ٢ ابريل ١٩٠٢ (١٤ ص ٢٠٨) .

(٤) استئناف مختلط ٦ يونيه ١٩٠٥ (١٧ ص ٣٢٧) .

العام ، ولأن التوكيل المذكور لا يسوغ الخروج على القواعد الأصلية في قانون المرافعات التي هي من النظام العام ^(١) .

وقضت أيضا بأن اعلان الشفعة الى وكيل البائع ، الذي لا يخوله توكيله صفة الحضور عن موكله أمام القضاء ، باطل . وادخال البائع في الدعوى بعد ان اكتسب الشفوع منه الحق في السقوط لا يترتب عليه ازالة هذا السقوط ^(٢) .

٣٢٩ - المطالبة بتعويض خطأ المحضر في اعتماد عريضة الدعوى -

رفعت المدعية دعوى على الحكومة وأحد مندوبي المحضرين بطلب تعويض ما لحقها من الضرر بسبب عدم مراعاة هذا المندوب للإجراءات اللازمة وقضا المادة ١٣ مرافعات (التي تقضى باعلان الصور للخصوم بحضور شاهدين يوقعان على الأصل والصور) عند اعلانه عريضة دعوى الشفعة ، وترتب على ذلك سقوط حقها في الشفعة ، فدفع المدعى عليهم دعواها بأن حقها سقط على أى حال بفعلها . والمحكمة قررت : أن ليس لها الا أن تتحقق من الوقائع التي تثبت تولد حق الشفعة ، فلا يجوز لها أن تفصل بنفسها في حقوق الخصوم في دعوى الشفعة ، كما كان يفصل فيها لو قدم موضوع الدعوى الى المحكمة ، وانما عليها أن تحكم بتعويض اذا ترجح لديها احتمال نجاح الشفعة في دعواها . وجاء في الأسباب :

« وحيث ان محكمة أول درجة رفضت التعويض لأنها اعتبرت أن حق الشفعة ساقط للسببين الموضحين آتفا ، وما : أولا علم الشفعة بمشترى المشتري والرضا به ، وثانيا اظهار الرغبة في بيع حصتها الى المشتري .

« وحيث ان هذين السببين هما من أدلة الثبوت التي تترك عادة بالنسبة لقوتها وضعفها الى تقدير القاضى وفطنته ودرجة اقتناعه منها ، لأنه يجوز أن ما يراه قاض في مثل تلك الأدلة لا يراه قاض آخر فيها .

« وحيث انه لا يمكن رفض التعويض الا اذا كان حق الشفعة باطلا بطلانا

(١) استئناف مخطط ٩ يناير ١٩٠٨ (٢٠ من ٦١) .

(٢) استئناف مخطط ٩ يونيو ١٩٢٥ (٣٧ من ٤٨١) .

جوهريا ، كأن يكون الشفيع غير شريك في العقار المشفوع فيه أو غير مجاور له مثلا ، ولكن هذين السببين لا يكفيان لرفض التعويض ، لأنهما ليسا من الأسباب الجوهرية لسقوط حق الشفعة . هذا فضلا عن أنهما منسوبان الى وكيل الشفيع لا اليها ، وقد يجوز أن المحكمة كانت تجد في تصرفات الوكيل لأى سبب كان ما يدعو الى الحكم بعدم سقوط حق الشفعة ، ومع ذلك قد رأت هذه المحكمة من وقائع هذه الدعوى ترجيح أن الست . . . كانت تكسبها .

« وحيث من ذلك ترى المحكمة أن للشفعة حقا في التعويض ، وأن الحكومة ملزمة بتعويض هذا الضرر مع مندوب المحضر ، لأنها مسئولة قانونا عن تعويض الضرر الذى يقع بفعل موظفيها^(١) » .

٣٣٠ — **مبدأ التكليف بالحضور** — قضت المادة ١٥ من قانون الشفعة بسقوط الحق في الأخذ بالشفعة اذا لم ترفع الدعوى في مدة ثلاثين يوما من تاريخ اعلان الشفيع رغبته الأخذ بالشفعة وفقا للمادة ١٤^(٢) .

٣٣١ — **احتساب الميعاد** — لا يحتسب آخر يوم اذا كان من أيام العيد أو البطالة ، فقد جاء في المادة ١٨ مرافعات « اذا كان اليوم الأخير من الميعاد يوم عيد يصير امتداد الميعاد الى اليوم الذى بعده »^(٣) .

واذا كان ختام الميعاد أكثر من يوم عيد واحد فلا يعطى صاحب الحق في الميعاد الا يوما واحدا بعد نهاية العيد لعمل الاجراء المطلوب ، وهذا اليوم يقوم مقام أيام العيد جميعا ويكمل الميعاد .

وهذه القاعدة لا وجود لها في القانون ، وانما جاءت تأويلا للمادة ١٨

(١) استئناف ١٧ ابريل ١٩١٠ (دائرة محمد صدق بك ومستر رويل ومستر ايموس)
المجموعة ١١ رقم ١٣٤ ص ٣٦٦ الفهرست المصرية الثانية للمجموعة رقم ١١٩٨ .

(٢) مصر الابتدائية استئناف ٣١ مايو ١٩٠٤ (دائرة اسكندر عمون بك ومستر ايموس والقاضي عثمان غالب) الاستئناف ٣ ص ٣٢٦ رقم ٤٤٦ .

(٣) راجع ما تقدم تبينه ٣٠٢ .

طنا ١٠ يونيه ١٩٠٧ الحقوق ٢٣ ص ١٧٠ مجموعة ناصر ١٢٦١ .

مرافعات بمفهوم المخالفة a contrario تأويلا محددًا للمدلول المادة ١٨ نفسها، بمعنى أن هذه القاعدة تبين أن ما قصد الابدال منه هو اليوم الأخير وحده أيا كان نوع الأيام السابقة عليه ، ولو كان الأمر على غير ذلك لجاز لمن كان له ميعاد انتهى يوم غير يوم عيد وسبقه أربعة أيام عيد أن يطلب أربعة أيام أخرى ، كما يجوز أن يجاب المدعى الى طلبه أن يبدل من الأربعة الأيام العيد أربعة أيام عاملة أخرى ، ولم يقل بذلك أحد . ويجب أيضا أن تراعى الحكمة التي دعت الى وضع المادة ١٨ ، وهي ضرورة تمكين صاحب الحق في الاعلان من اجراء الاعلان اذا خطر له حتى آخر يوم في الميعاد القانوني خاطر استعمال حقه . ولما كانت القاعدة أن الضرورات تقدر بقدرها كان اليوم الواحد كافيا ، سواء كان العيد هو آخر يوم في الميعاد أم كان آخر ثلاثة أيام فيه ، اذ أنه ليس ما يمنع صاحب الحق من التفكير في استعمال حقه طول أيام العيد ، لأن أيام العيد تصلح للتفكير ، كما تصلح له الأيام الأخرى ، فاذا صحت عزيمته على ذلك الاستعمال في آخر يوم من أيام ميعاده ، واتفق أنه كان آخر يوم عيد ، أعطى له القانون الزمن اللازم لتمكينه منه ، ولا عبرة بالأيام السابقة عليه ان كانت أياما عاملة أو عاطلة ^(١) .

٣٣٢ — ومدة الثلاثين يوما ليست مدة تقادم ، بل هي مدة سقوط ، ولا تقبل الاقطاع ولا الوقف ، وتسرى ضد الغائبين ومن ليس أهلا للتصرف ^(٢) .

٣٣٣ — ويجب اعلان ورقة افتتاح الدعوى الى كل من البائع والمشتري في الميعاد المذكور ، والا سقط الحق في الشفعة . ومع ذلك لا يسقط هذا الحق اذا كان عدم الاعلان لأحدهما في الميعاد القانوني ناشئا عن غش حصل منه

(١) طنطا الابتدائية القضية رقم ٥٣٠ سنة ١٩١٩ المحاماة ١ رقم ٧٧ ص ٤٠١ للتقدم .

(٢) راجع ما تقدم بنبذة ٣٠٢ ، وما سيجيء بنبذة ٣٣٥ و ٣٣٧ — ذمى بك « في الأموال » بنبذة ٤٧٧ .

كما تقدم (١).

٣٣٤ — مواعيد المسافة — لاحق للشفيع في ميعاد للمسافة فوق الميعاد للنصوص عليه في المادة ١٥ ، لأن طبيعة الشفعة ونظر الشارع لها يجعلان السكوت عن ذكر المسافة في المادة ١٥ من قانونها ، مع ذكرها في المادة ١٩ ، ذا معنى خاص يخرج مسألة المسافة في الشفعة عن القاعدة العامة التي قررها قانون الرافضات في المادة ١٧ ، ويسقط الحق في ميعاد خاص للمسافة فوق ميعاد الثلاثين يوما كالنصوص عليه في المادة ١٥ من قانون الشفعة . ولو كان أراد له لكان النص عليه هنا أدعى لتقدم المادة ١٥ على المادة ١٩ (٢) .

٣٣٥ — عدم قيد الدعوى — اختلف فيما اذا كانت دعوى الشفعة

(١) استئناف ٢٤ مارس ١٩٠٧ (دائرة قاسم أمين بك ومستر رويل وعبد الحافي ثروت بك) المجموعة ٩ رقم ١٥ ص ٣٨ الفهرست العشرية الأولى للمجموعة رقم ٨٥٨ .
وقد جاء في هذا الحكم :

« وحيث ان القانون أراد أن ترفع الدعوى على المشتري وعلى البائع في الميعاد المحدد ، وتضى بسقوط الحق ان لم ترفع .

« وحيث ان رفع الدعوى على البائع في الميعاد لا يترتب عليه اعتبارها مرفوعة على المشتري كما ذهب اليه المحكمة الابتدائية ، وخصوصا أن المشتري هو الخصم الحقيقي في الدعوى .

« ولكن حيث انه يتبين من مراجعة أوراق الدعوى أن المخضر لما أراد أن يعلن المشتري بطلب الحضور في نفس اليوم التي أعلن فيه البائع ، أى في الميعاد القانوني ، أخبر من المدة أن المشتري لم يكن مقياً في البلد ، وهذا الاقرار غير صحيح لأن المخضر لما توجه الى البلد مرة ثانية لاعلان المشتري وجده مقياً في البلد وسلحه الاعلان بعد الميعاد .

« وحيث يظهر من ذلك أن المتأنت استعمل غشا لعدم وصول الاعلان اليه في الميعاد ، وهذا الغش لا يصح أن يستفيد منه ، ولا يجبل منه أن يتمسك بأن طلب الحضور وصل اليه متأخراً بعد أن ثبت أنه هو التسبب في عدم وصوله اليه في أول مرة في الميعاد ... » .

(٢) طنطا الابتدائية رقم ٥٣٠ سنة ١٩١٩ (دائرة عبد الحميد بدوى بك والقاضي عفيف عفت والقاضي صالح جعفر) المحاماة ١ رقم ٧٧ ص ٤٠١ مجموعة ناصر ١٢٦٢ .

أسيوط استئناف ١٨ يناير ١٩٢٨ (دائرة عبد الفتاح السيد بك والقاضي أحمد نصرت والقاضي حسين لطفي) المجموعة ٢٩ رقم ٦٠ ص ١٣٢ المحاماة ٩ رقم ٢٤٨ ص ٤٣٤ مجموعة ناصر ٤٧٣٣ الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ١٠٣٨ .

تعتبر قائمة رغم عدم قيدها . فرأى بعض المحاكم ^(١) أن عدم قيد الدعوى في الجدول لا يمنع التكليف بالحضور من أن ينتج جميع نتائجها القانونية ، فإن الدعوى تعتبر قائمة رغم عدم قيدها . وكما أنه يترتب على التكليف بالحضور ولو لم تقيد الدعوى في اليوم المعين فيه سريان القوائد وقطع المدة في سقوط الحق ، كذلك يجب اعتبار دعوى الشفعة مرفوعة في الميعاد متى وصل طلب الحضور الى المدعى عليه في مدة الثلاثين يوما .

ونحن نرى ، مع بعض آخر من المحاكم ، أن حق الشفع في الأخذ بالشفعة يسقط اذا رفع دعواه في مدة الثلاثين يوما المنصوصة في المادة ١٥ ولكن لم يقيدها في خلال هذه المدة ، اذ يجب أن ترفع الدعوى بصفة جدية في الميعاد الذي حدده القانون ^(٢) .

(١) راجع ما تقدم نبذة ٣٣٢ .

استئناف أعلى ٥ يناير ١٩٠٦ (دائرة قاسم أمين بك ومستر هالتون وأحد زيور بك)
الحقوق ٢١ رقم ١٣٩ ص ٢٩٥ مجموعة ناصر ١٢٧١ .
استئناف مختلط ١٨ مايو ١٩٠٥ (١٧ ص ٣١٦) .

(٢) ملوى الجزئية ٣ نوفمبر ١٩١٩ (القاضي سلامة ميخائيل بك) المجموعة ٢١ رقم ٣٦ ص ٦١ مجموعة ناصر ١٢٧٣ :

« حيث ان قانون الشفعة قانون ضيق أنرم فيه الشفع باتخاذ اجراءات سرية لاثبات رغبته الحقيقية في الأخذ بالشفعة ، كالتزامه بوجوب عرض الثمن في ميعاد معين ، وكالتزامه بوجوب رفع الدعوى في ميعاد معين ، وهو ثلاثون يوما من تاريخ ابداء رغبته في الأخذ بالشفعة وعرض الثمن . »
« وحيث انه يؤخذ من ذلك أن الفرض من رفع الدعوى المنصوص عنه في المادة ١٥ من قانون الشفعة هو الدعوى التي تقيد فعلا ، لا الدعوى التي يرفضها الشفع في الميعاد ولا يقيدها . »
أسيوط الابتدائية ٢٢ ديسمبر ١٩٣٠ (دائرة القضاة أحمد حسني وحسن محمد سعودي ومصطفى عبد ربه) الحاماة ١١ رقم ٤٤١ ص ٨٥٧ مجموعة ناصر ٤٧٢٩ : ان الدد للقررة في الشفعة هي مدد سقوط ، لا تقادم ، لأن حق الشفعة حق ناقص غير كامل ، فلا بد له من اجراءات . والحق ملحق وجوده نهائيا عليها . فاذا لم يحصل في المدة المعينة زال الحق الملقى عليها . وعليه فلا تقبل الدد ايقافا ولا قطعا ، فاذا رفعت الدعوى ولم تهيد بالجدول فلا يجوز اعتبار مجرد رفضها ، أى تحرير عريضة الدعوى ودفع ريع الرسم عليها واعلانها للبايع والمشتري سببا كافيا لقطع مدة الاجراءات ، وهي مدة الثلاثين يوما ، فيسقط حق الشفع اذا رفع الدعوى في مدة الثلاثين يوما المنصوص عليها في المادة ١٥ ولكن لم يقيدها في بحر هذه المدة .

٣٣٦ - تقرير القيمة من حيث الاختصاص - الأصل في دعوى الشفعة أن يؤخذ بقدها ، ولهذا فتقدير قيمتها القضائية من حيث الاختصاص يكون بمقتضى الثمن الوارد في العقد . فإذا كان الثمن الحقيقي الذي هو أقل مما ذكر في العقد يجعله من اختصاص القضاء الجزئي ، في حين أن الثمن المذكور في العقد خلافا للحقيقة يجعله من اختصاص القضاء الكلي ، فيكون القضاء الكلي هو المختص مراعاة للعقد ، ويجب الطعن في الثمن أمامه ، لا أمام سواء ^(١) .

٣٣٧ - انقطاع مدة سقوط الحق ورفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة ^(٢) - قضت المحكمة بأن المدد المينة لسقوط الحق أو للتقادم قد تنقطع

= وجاء في أسباب الحكم :

« وحيث ولو أنه لم يرض بين إعلان الدعي عليه الأول والقيد مدة تريد عن الثلاثين يوما ، غير أن المعلن اليه المذكور أحد البائنين ولم يحصل القيد في اليعاد بالنسبة للمشتري والبائع الآخر فلا يمكن أن تعتبر صحيحة بالنسبة للآخرين ، والمشتري هنا هو الخصم الحقيقي في الدعوى ، ولا يمكن اعتبار الأمر هنا بين أحد البائنين والمشتري من نوع حالات عدم التجزئة التي تغلب فيها الصفة على البطلان كما هو الحال في تصدد البائنين ، ومتى كان الحق قد سقط بالنسبة للمشتري سقط بالنسبة للآخرين ولا يمنع من ذلك حصوله في اليعاد بالنسبة لأحد البائنين » .

راجع كذلك بين سوف ٦ نوفمبر ١٩١٧ ، وقد تأيد استئنافا في ١٠ ابريل ١٩١٨ المصراع ٦ رقم ٢٢ ص ١٣٠ بمجموعة ناصر ١٢٧٢ .

استئناف مختلط ١٢ ابريل ١٩٠٦ (١٨ ص ١٩٦) .

(١) عابدين ٢٠ فبراير ١٩٠٥ (القاضي أحمد قحة) الحقوق ٢٠ ص ١٨٧ رقم ٦٤ .
راجع استئناف مصر الأهلية ٢٢ يونيو ١٩٢٥ (دائرة محمد محرز باشا وعلى جلال بك وعبد العزيز محمد بك) المحاماة ٦ رقم ١٠٢ ص ١٤٠ الجدول العشري الأول للحمالة رقم ١٠٣٤ مجموعة ناصر ٤٧٣٧ : إذا رقت دعوى الشفعة في بحر الثلاثين يوما أمام محكمة كانت مختصة في الأصل وقت رفضها ، ثم حكم بعدم الاختصاص لطروء طوارئ حادثة أخرجت القضية من اختصاصها ، كان للتفويض تعديدها أمام المحكمة المختصة . ولا يجبل من الشفوع منه الدفع بأن دعوى الشفعة رقت بعد مرور الثلاثين يوما . (كانت الدعوى رقت ابتداء على المشتري الأول الى محكمة عابدين الباخل في دائرة اختصاصها القمار الشفوع ، وقيمتها في عقد المتألف لا تتجاوز اختصاصها ، ولم تحكم هذه المحكمة بعدم اختصاصها الا لا أدخل فيها المتألف عليه الأخير الذي زعم أنه اشترى القمار للشفوع من المشتري الثاني بشمن يخرجها عن اختصاص المحكمة ، ودفع بعدم اختصاصها) .

(٢) راجع ما تقدم بنية ٣٣٢ .

ببعض الاجراءات ، على أن هذا الاقطاع وان كان له نصوص خاصة في القانون الفرنسي ، فانه ليس له نص في القانون المصري ، فيجب أن يجرى العمل بمقتضى المبادئ القانونية العامة . ففي القانون الفرنسي تنقطع المدة برفع الدعوى الى محكمة غير مختصة في حالة التقادم *prescription* ، وذلك بنص في القانون خاص بذلك (مدني فرنسي ٢٢٤٦) ، ولكن لم يرد فيه نص مثيل له في باب السقوط *déchéance* ، ولذلك اختلف القضاء الفرنسي في حل هذه الحالة ^(١) . ولما كان القانون المصري خاليا من أى نص بهذا الشأن في الحالتين ، فانه لا يسوغ التمييز بينهما فيما يتعلق باقطاع المدة ، لأن صاحب الحق في كلتا الحالتين يعمل كل ما في استطاعته للوصول الى تقرير حقه ، ومسائل الاختصاص هي في الواقع من المسائل الفنية التي قد تغيب عن الخصوم وتلتبس على وكلائهم ويختلف فيها القضاء . ولما كان أساس ضياع الحقوق بالتقادم والحرمان منها بفوات مدة قررها القانون هو الإهمال الذي يشعر بتركها ، ولا إهمال عند رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة ، بل هنالك خطأ يكون في غالب الأحيان مغفورا ، لذلك يكون رفع دعوى الشفعة الى محكمة غير مختصة قاطعا لمدة الثلاثين يوما المقررة لسقوط الحق فيها ^(٢) .

(١) تطبيقات الدالوز على المادة ٢٢٤٦ نبتة ١٢ — ١٥ .

(٢) استئناف مختلط ٢٣ مارس ١٩١١ (٢٣ ص ٢٣٧) .

ملطا الابتدائية ٢١ أكتوبر ١٩١٧ (دائرة القضاة مراد سيد أحمد وحسن رضى وجمال الدين أباطة) المجموعة ١٩ رقم ١٨ ص ٢٧ الفهرست المصرية الثانية للمجموعة ٩٧٧ الحقوق ٣٣ ص ٢٢٦ مجموعة ناصر ١٢٦٩ .

استئناف ٢٦ ديسمبر ١٩٠٥ (دائرة سعد زغلول بك ومستر برى وأحمد زيور بك) الاستقلال ٥ ص ١٣٣ رقم ٨٧ .

استئناف ٧ ديسمبر ١٩٢٠ (دائرة محمد محرز باشا ومستر كرشو وصالح حق بك) المحاماة ٢ رقم ٤٥ ص ١٤٢ مجموعة ناصر ١٢٧٠ .

بني سويف استئناف ٣٠ مايو ١٩٢١ (دائرة القضاة محمد فؤاد حسني ومحمد عثمان الفندي وعلى سرى) المحاماة ٢ رقم ٨٥ ص ٢٧١ الجدول المصري الأول للمحاماة رقم ١٠٣١ مجموعة ناصر ١٢٩٤ : اذا كان واجبا على الشفع أن يرفع دعواه في الثلاثين يوما التالية —

وقد حكم بأنه اذا كان الشفيع قد رفع دعواه أمام محكمة غير مختصة ،

— لظاهر رغبته في الشفعة فان رفع الدعوى خطأ أمام محكمة غير مختصة يقطع هذه المدة . فلا يدخل في حسابها الا الأيام السابعة على رفع الدعوى أمام المحكمة غير المختصة والأيام التالية لحكم عدم الاختصاص (!) . ويلاحظ على هذا الحكم أنه خلط بين أحكام انقضاء المدة وأحكام وقفها .

استئناف ٣١ مارس ١٩٢٤ (دائرة محمد محرز باشا ومسبو سودان وعلى جلال بك)
المجموعة ٢٦ رقم ٩٧ ص ١٧١ بمجموعة ناصر ٤٧٣٦ : اذا رقت دعوى الشفعة في الواعيد المقررة في المادتين ١٥ و ١٩ من قانون الشفعة ، وحكت المحكمة الجزئية بعدم الاختصاص ، ومضى أكثر من ثلاثين يوما قبل إعادة رفع الدعوى أمام المحكمة الكلية ، فانه لا يمكن التسك بسقوط الحق في إعادة رفع دعوى الشفعة لمضى مدة الثلاثين يوما ، ما دامت هذه المدة لم تمض على الميلاد المنصوص عنه في المادة ١٧ من قانون الشفعة لاستئناف حكم عدم الاختصاص . وقد جاء في أسباب الحكم :

« وحيث ان الميلاد المنصوص عنه في المادة الأولى هو ١٥ يوما بين تاريخ العلم بالبيع وعلان الرغبة في أخذ العين البيعة بطريق الشفعة ، وقد وقع البيع في هذه القضية بتاريخ ٣٠ مايو سنة ١٩٢٢ (تاريخ ثابت في ٣١ منه) ، وأبدي المشتأف رغبته في الأخذ بالشفعة في ١٣ يونيو . وحيث فيما يتعلق بالميلاد المنصوص عنه في المادة ١٥ فقد رقت الدعوى في ظرف الثلاثين يوما اللاحقة لتاريخ ابداء الرغبة في الشفعة ، اذ أن اعلان الدعوى حصل في ١٢ يولييه سنة ١٩٢٢ . وحيث انه بعد رفع تلك الدعوى أمام المحكمة الجزئية قد حكم فيها في ٩ نوفمبر سنة ١٩٢٢ بعدم الاختصاص ، ومضى أكثر من ثلاثين يوما قبل إعادة رفع الدعوى أمام المحكمة الكلية في ١٩ ديسمبر ، ولكنه يستحيل التسك بسقوط حق المشتأف في دعوى الشفعة لمضى مدة الثلاثين يوما ، ما دام لم يمض على الميلاد المنصوص عنه في المادة ١٧ لاستئناف حكم عدم الاختصاص كما قد كان له الحق في أن يقبل حكم عدم الاختصاص ويرفع دعواه من جديد الى المحكمة الكلية كما فعل طالما لم يكن مضى ميلاد الاستئناف على الأقل » .

بني سوف الابتدائية ٣١ مارس ١٩٢٩ (دائرة القضاة زكي خير الابوتيجي وأبو بكر صادق وأحمد راغب دكروري) الممامة ١١ رقم ٣٢١ ص ٦٤٥ بمجموعة ناصر ٤٧٣٨ : من المبادئ المقررة أن رفع الدعوى أمام القاضي غير المختص يقطع المدة ، واذا رقت دعوى الشفعة في الميلاد القانوني الى محكمة قضت بعدم اختصاصها فلا يسقط الحق فيها بمضى الميلاد ، بل يتبدى من يوم الحكم النهائي بعدم الاختصاص .

وحكت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه اذا رقت دعوى الشفعة أمام القضاء الأهلي ، وقضى فيها بعدم الاختصاص فان ميلاد الثلاثين يوما لرفع الدعوى أمام المحاكم المختلطة يبدأ من النطق بالحكم بعدم الاختصاص وليس من اعلانها : ٣ ابريل ١٩١٣ (٢٥ ص ٢٨١) .

وحكم بعدم اختصاص المحكمة بالفصل في هذه الدعوى ، وسكت بعد صدور حكم عدم الاختصاص مدة تزيد على شهر ولم يستأنفه ، فيسقط حقه في الشفعة ، لأن هذا يدل على قبول ذلك الحكم ، ولا يلتفت لعدم اعلان الحكم المذكور ، لأنه قبله وتقدمه ، فلا يسقط بتقديم الدعوى الى المحكمة المختصة ^(١) .

٣٣٨ — الحكم بإبطال المرافعة — اذا رقت دعوى الشفعة في الميعاد

القانوني ، وحكم فيها بإبطال المرافعة لعدم حضور المدعى ، فلا يجوز له تجديد طلب الشفعة اذا كانت مدة الثلاثين يوما مضت من تاريخ اعلانه باظهار رغبته في الأخذ بالشفعة ، لأن حكم ابطال المرافعة يمحو أثر جميع إجراءات المرافعة بما فيها صحيفة الدعوى ^(٢) .

٣٣٩ — المسائل الفرعية — ان المسائل الفرعية التي لا تتعلق بأوجه

الدفع الابتدائية المبينة في المادة ١٣٣ مرافعات ، كطلب عدم قبول دعوى الشفعة لعدم ادخال البائع فيها ، لا تسقط بطلب الميعاد لاستحضار مستندات .

على أن طلب الميعاد لاحضار مستندات لا يسقط الحق أبداً في أى دفع ولو كان ابتدائياً اذا كان الغرض من هذه المستندات التمسك بها على صحة ذلك الدفع ^(٣) .

٣٤٠ — تصحيح الشكل — اذا طلب الشفيع العين المشفوعة محدودة ،

(١) استئناف ٢٦ ديسمبر ١٩٠٥ (دائرة سعد زغلول بك ومستر برى وأحمد زبور بك) الاستقلال ٥ ص ١٣٣ رقم ٨٧ .

(٢) طنطا الابتدائية استئناف ١٥ يناير ١٩٠٧ (دائرة أحمد عابدين بك وحسن حسني بك والقاضي أحمد زكي أبو السعود) المجموعة ٨ رقم ١١٢ ص ٢٣٨ الفهرست المصرية الأولى للمجموعة ٨٥٧ الحقوق ٢٢ ص ٢٨٤ مجموعة ناصر ١٢٩٥ .
أينوب الجزئية ٢٤ أكتوبر ١٩٢٢ (القاضي محمود فؤاد) المجموعة ٢٥ رقم ١٩ ص ٢٥ مجموعة ناصر ٤٧٣٥ .

(٣) استئناف ٢٥ ابريل ١٩٠٥ (دائرة سعد زغلول بك وأحمد موسى بك وأحمد زبور بك) الاستقلال ٤ رقم ٣١٠ ص ٣٢٥ المجموعة ٧ رقم ١٨ ص ٣٨ .

ثم عدل الى طلبها مشاعا ، فلا يعتبر هذا تغييرا لشكل الدعوى ، بل يعتبر تصحيحا لها جائزا قانونا ، اذ أن الشفعة لم تتغير الى وصف آخر ، بل ما زالت شفعة ^(١) .

٣٤١ — **دفعول مضمم ثالث** — يصح دخول شخص ثالث بصفته شفيعا في دعوى شفعة ، دون أن يكون ملزما بمراعاة قواعد القانون الخاصة المقررة لاقامة دعوى الشفعة ^(٢) ، انما يشترط لقبوله في الدعوى أن لا يكون حقه قد سقط بأحد الأسباب المسقطة للشفعة ^(٣) .

٣٤٢ — **تنازل المشتري عن الصفقة بعد رفع الدعوى** — اذا تنازل المشتري عن الصفقة بعد رفع دعوى الشفعة فلا يؤثر ذلك في حق الشفيع في الأخذ بالشفعة ^(٤) .

٣٤٣ — **الحكم بوجبه السرعة** — دعاوى الشفعة من القضايا المستعجلة . وقد جاء في المادة ١٦ :

« Elle sera toujours jugée d'urgence » .
« ويحكم فيها دائما على وجه السرعة » .

٣٤٤ — **عدم قبول المعارضة في الأوامر القياسية** — نصت المادة ١٧ على أنه :

(١) استئناف ٢٠ يونه ١٨٩٨ (دائرة أحمد فتحي بك ومسيو لدبلاديو وأحمد عرفان بك) الحقوق ١٤ ص ١٣٩ رقم ٦٦ .

(٢) استئناف ٢٥ أبريل ١٩٠٥ (دائرة سعد زغلول بك وأحمد موسى بك وأحمد زيور بك) المجموعة ٧ رقم ١٨ ص ٣٨ الاستغلال ٤ رقم ٣١٠ ص ٣٢٥ مجموعة ناصر ١٢٧٥ .

(٣) فتحي زغلول باشا ص ٩٥ .

(٤) بني سوف الابتدائية ١٥ أبريل ١٩١٧ (دائرة مصطفى فهى بك والقاضي محمود شوقي والقاضي مراد كامل) المصرائح ٤ رقم ١٥٠ ص ٥٠٥ مجموعة ناصر ١٣٣٩ . وجاء في الحكم : « وحيث ان حق الشفعة يولد بمجرد البيع ، ويتب قبل المشتري بإعلانه رغبته الأخذ بالشفعة ، فلا يحويه تقابل المشتري والبايع بعده ، لأنه حق تملك بالشفيع وحده ، ولا يؤثر فيه اتفاق هو غريب عنه ، والا لأصبحت الاقالة حيلة لاسقاط ذلك الحق » .

« Le jugement ne sera pas susceptible d'opposition. » لا تقبل المعارضة في الأحكام
الغياية الصادرة في الشفعة .

Le délai d'Appel sera de quinze jours à partir de la signification du jugement ». وميعاد استئناف ١٥ يوما من
يوم اعلانها (١) .

٣٤٥ - ميعاد الاستئناف - قضت المادة ١٧ من قانون الشفعة

المتقدم ذكرها بوجوب رفع الاستئناف في دعوى الشفعة في ظرف خمسة عشر
يوما التالية ليوم اعلان الحكم (٢) .

وقد حكم بأن انقاص ميعاد الاستئناف الى خمسة عشر يوما لا يطبق الا
في موضوع الشفعة نفسها ، فلا يطبق بالنسبة للدعوى التي يرفعها الشريك مطالبا
بالفناء بيع حصة شائعة في العقار اذا لم تشمل الدعوى طلب الشفعة الا كطريق

(١) استئناف ٢٦ يناير ١٩٠٨ المحاكم ٢٠ رقم ٦٨ ص ٤١٦١ .
وقد حكمت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المادة ١٧ تقضى بدم قبول المعارضة في أحكام
الشفعة ، ولكنها لا تمنع ذلك مطلقا ، وعليه فاذا قامت خصومة بين طالب الشفعة والمطلوبة
منه على أمور ثانوية لا علاقة لها بموضوع الشفعة ، ولكنها ناتجة عنه ، كاختلافها على قبة
التمن والمصاريف وكيفية دفعها ، فكل الأحكام في هذه الأمور تجوز للمعارضة فيها وفقا للقاعدة
القانونية العامة . على أنه لا يجوز الرجوع الى أمر الملكية والمفاضة عليها ما دام الحكم
بالشفعة لأحد المتخاصمين قد قضى في هذا الأمر نهائيا ، وأن الرجوع الى مثل هذا بعد قضاء لقوة
القضاء المحكوم به ويجب رفضه (استئناف مختلط ٢٦ مايو ١٩٠٤ (١٦ ص ٢٨٣)
الاستقلال ٤ ص ٢٤٨ رقم ٢٦٠) .

(٢) استئناف ١٩ مايو ١٩٠٤ (دائرة قاسم أمين بك ومستر هالتون وأحمد زيور بك)
الاستقلال ٣ رقم ٢٧١ ص ١٦٥ .

استئناف ١٧ ابريل ١٩٠٥ (دائرة أحمد غيفي بك ومستر رويل ومستر سانو)
الاستقلال ٥ رقم ٢٥ ص ٢٢ مجموعة ناصر ١٢٨٤ .

راجع استئناف ٨ ديسمبر ١٩٢٠ (دائرة محمد محرز باشا ومستر كرشو وصالح حق بك)
الحاماة ٢ رقم ٤٥ ص ١٤٢ : لا يسقط الحق في رفع الاستئناف اذا رفع بعد ميعاده بسبب
وقف المواعيد القانونية بناء على منشور السلطة العسكرية .
وما تقدم نبذة ٣٣٧ .

احتياطي voie subsidiaire في حالة تأييد البيع ^(١) .

٣٤٦ - اعمد البائع والمشتري في الاستئناف - في مواد الشفعة

يجب على من يرغب الأخذ بالشفعة أن يعلن البائع والمشتري طلبه لها كتابة على يد محضر في الميعاد القانوني ، والا سقط حقه في الشفعة . وكذلك الأمر عند استئناف حكم الشفعة ، فإن الاستئناف ، ليكون مقبولا شكلا ، يجب أن يعلن لكل من البائع والمشتري في ميعاد الاستئناف ، والا كان باطلا ^(٢) .

وقد حكم بأنه اذا أهمل الشفيع اعلان البائع في ميعاد الاستئناف فلا يقبل استئنافه ، الا اذا كان البائع قد انضم الى الشفيع في طلباته أمام محكمة أول درجة ^(٣) ، بخلاف ما اذا كان لم يحضر ، فإن الغائب يعتبر دائما أنه معارض للدعوى ^(٤) .

وحكم بأن عدم ادخال البائع في الاستئناف المرفوع عن حكم صادر في قضية شفعة يجعل الاستئناف غير مقبول ، حتى ولو حضر البائع من تلقاء نفسه أمام محكمة الاستئناف ، اذا كان حضوره قد حصل بعد فوات ميعاد استئناف الحكم واكتسب المستأنف عليه حق الدفع بعدم قبول الاستئناف شكلا .

على أن حضور البائع أمام الاستئناف جائز ، ويصحح شكل الاستئناف ، اذا كان البائع قد انضم الى الشفيع في طلباته أمام محكمة أول درجة ، فانتفى تنافر المصلحتين (مصلحة الشفيع ومصلحة البائع) ^(٥) .

(١) استئناف مختلط ١٠ ديسمبر ١٩٠٢ (١٥ ص ٣٠) .

(٢) استئناف مختلط ١٩ فبراير ١٩٢٤ (٣٦ ص ٢٢٨) المحاماة ٤ رقم ٧٤٤ ص ٩٦٢ الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ١٠٤٠ ، ١٦ مارس ١٩٢٦ (٣٨ ص ٢٨٩) .

(٣) استئناف مختلط ١٦ مارس ١٩٢٦ (٣٨ ص ٢٩١) المحاماة ٧ رقم ١٩١ .

(٤) استئناف مختلط ٧ فبراير ١٩٢٨ (٤٠ ص ١٨٢) .

(٥) استئناف مختلط ١٦ مارس ١٩٢٦ (٣٨ ص ٢٩١) المحاماة ٧ رقم ١٩١ ص ٢٧٠ الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ١١٠٩ ، ٧ فبراير ١٩٢٨ (٤٠ ص ١٨٣) .

وإذا كان الاستئناف مرفوعاً من الشفوع منه فإنه يكون مقبولا ولو لم يعلن البائع ، لأن شرط اعلان البائع لا يستلزمه القانون الا بالنسبة للشفيع ^(١) .
وحكم بأنه بما أن البائع لا مصلحة له ولا صفة للاقرار بحلول الشفيع محل الشفوع منه أو للمنازعة في ذلك فإن مصاريف ادخاله في الدعوى تكون على الشفيع أو الشفوع منه على حسب نتيجة الحكم في الدعوى ^(٢) .

٣٤٧ — عدم قبول المعارضة في الأعطام الاستئنافية — قضت المادة ١٦ من قانون الشفعة بأن دعاوى الشفعة تنظر بطريقة مستعجلة ، وقضت المادة ١٧ بأن الأحكام النهائية فيها لا تقبل المعارضة ، وأن ميعاد الاستئناف خمسة عشر يوما ، ويرى من المادتين المذكورتين ، كما يرى من مواد أخرى في القانون المذكور ، أن غرض الشارع أن يوجد استثناءات خاصة بدعاوى الشفعة تخالف القواعد العامة المذكورة بقانون المرافعات ، وذلك لضرورة تقصير أمد النزاع بين المتقاضين ، حتى لا تبقى مصالحهم معطلة وقتا طويلا ، وبناء عليه يكون عدم قبول المعارضة المذكورة في المادة ١٧ ساريا على الأحكام الاستئنافية كما هو سار على الأحكام الابتدائية على السواء ^(٣) .

وقد حكم بأن المادة ١٧ التي تمنع المعارضة في الأحكام النهائية في الشفعة لا تطبق على الأحكام التي تصدر في الدعاوى الخاصة بالثمن أو ببعض المشاكل التي تنشأ بين الشفيع والشفوع منه بخصوص تنفيذ الحكم الذي فصل قطليا في

(١) استئناف مخطط ٧ ابريل ١٩٠٤ (١٦ ص ١٨٨) .

(٢) استئناف مخطط ٢٤ ديسمبر ١٩٠٨ (٢١ ص ٨٨) .

(٣) استئناف ٢٦ يناير ١٩٠٨ (دائرة أحمد موسى بك ومستر روبيل وأحمد طلعت بك) المجموعة ٩ رقم ١١١ ص ٢٦١ الفهرست المصرية الأولى للمجموعة رقم ٨٥٩ الحقوق ٢٤ ص ٢٨ الاستغلال ٦ ص ١٨٣ المحاكم ٢٠ ص ٤٣٣٨ مجموعة ناصر ١٢٨٥ .

استئناف مخطط ٣٠ يناير ١٩٠٢ (١٤ ص ١٠٤) ، ١٢ مارس ١٩٠٢ (١٤ ص ١٨١) .

موضوع الملكية ، فإن هذه الأحكام تقبل المعارضة اذا صدرت غياية ^(١) .

٣٤٨ — طلبات مديرة في الاستئناف — لا يجوز أن تقدم في

الاستئناف طلبات جديدة غير الطلبات الأصلية وقها للمادة ٣٦٨ مرافعات .
وقد حكم بأنه لو كان المطلوب أمام محكمة الدرجة الأولى الشفعة في جزء من عقار
بنسبة عدد الرؤوس ، فطلب الكل في محكمة استئنافية يعد طلبا جديدا فيما زاد
على الجزء المذكور ^(٢) .

٣٤٩ — القانون الواجب تطبيقه — من المبادئ المقررة من حيث

حق الاستئناف ومواعيده أن القانون الواجب العمل به هو القانون الجاري
عليه العمل عند صدور الحكم ، لا الذي كان معمولاً به عند رفع الدعوى ،
لأن حق الاستئناف لا يكتسب الا بعد النطق بالحكم . وقد صدرت جملة
أحكام من محكمة الاستئناف مطبقة هذا المبدأ ، حيث قررت أن المواعيد
الواجب مراعاتها في مسائل الشفعة لاستئناف حكم صادر بعد صيرورة القانون
الجديد واجب التنفيذ ، ولو كانت الدعوى رفضت قبل ذلك ، انما هي المواعيد
المقررة في القانون الجديد ، لا القوانين الواردة في قانون المرافعات في المواد
المدينة والتجارية ^(٣) .

(١) استئناف مختلط ٢٦ مايو ١٩٠٤ (١٦ س ٢٨٣) .

(٢) وقد قررت محكمة الاستئناف أنه لا يسع المحكمة قبول مثل هذا الطلب ، ولو كانت
تقدمت في الأصل الدعوى بطلب الكل وأبطلت المرافعة فيها ، لأنه متى بطلت المرافعة في
دعوى ائتمت جميع نتائجها القانونية ولم يعد في الامكان الاحتجاج بها ولا اتخاذها أساسا لأي
حق من الحقوق : ١٢ يناير ١٨٩٩ (دائرة سمد زغلول بك ومسيو دي هلنس ومستر
كوغلن) الحقوق ١٤ ص ٥٢٠ .

(٣) استئناف ١٦ مارس ١٩٠٢ (دائرة مستر بوند ويوسف شوق بك ومستر
دلبراغلو) الحقوق ١٧ ص ٨٢ رقم ٤١ .

استئناف ٣٠ أبريل ١٩٠٢ (دائرة أحمد عفيفي بك ومسيو دي هلنس ومستر ويلبور)
المجموعة ٥ ص ٦٢ .

استئناف ٢٠ مايو ١٩٠٢ الاستقلال ٢ ص ٩ رقم ٢ .

استئناف ٢٥ نوفمبر ١٩٠٢ (دائرة سمد زغلول بك ومستر هانتون ومستر برى) —

٣٥٠ - انقسام دعوى الشفعة - بما أن الحق الناشئ عن دعوى الشفعة قابل للانقسام فاذن لا يتنفع أحد الخصوم من الاستئناف المرفوع قانونا من زملائه ^(١).

٣٥١ - الحكم - بمقتضى المادة ١٨ من قانون الشفعة :

« Le jugement qui fait définitivement droit à la demande en préemption sera considéré comme titre de propriété pour le préempteur ; il devra être transcrit d'office ».

« الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سنداً للملكية الشفيع ، وعلى المحكمة تسجيله من تلقاء نفسها » .

وقد جاء فى الفقرة الأخيرة من المادة ١٤ :

« ونصوص هذه المادة المختصة بتسجيل الطلب وما يترتب عليه تسرى على تسجيل حكم الشفعة المنصوص عنه فى المادة الثامنة عشرة الآتى ذكرها ^(٢) » .

ومن يحكم برفض شفخته لا يجوز مطالبته بتعويض ، لأنه انما استعمل حقا خوله اياه القانون ^(٣) .

٣٥٢ - قوة الشيء المحكوم به - متى بيع عقار نتج من هذا البيع حقوق فى الشفعة فيه بقدر عدد الشركاء فى ملكيته أو عدد جيرانه وكانت أسباب الدعاوى متعددة ومختلفة ، فن رفضت دعواه فى الشفعة بصفته شريكا فى الملكية له أن يرفضها بصفته جارا ، ولا يقبل الدفع بالشيء المحكوم به ، لأن

= الاستغلال ٢ من ١٠ رقم ٣ الحقوق ١٧ من ٢٦٣ .

استئناف ٣٠ ديسمبر ١٩٠٧ (دائرة قاسم أمين بك ومستر رويل ومحمد صدق بك) الحقوق ٢٤ من ٤٩ رقم ١٥ .

(١) استئناف ٣٠ ديسمبر ١٩٠٧ ، تقدم ، الحقوق ٢٤ من ٤٩ رقم ١٥ .

(٢) راجع ما تقدم بنبذة ٢٦٩ .

(٣) استئناف مختلط ١٦ يونيه ١٩٠٤ (٦ من ٣٣٢) .

السبب في الدعوى ليس واحدا في الحالتين ^(١) .

٣٥٣ - الحكم على الشفيع بمصاريف الدعوى لعدم عرض جميع الثمن - للقاضي أن يلزم الشفيع بجميع مصاريف الدعوى إذا رأى أنه لم يعرض جميع الثمن ، بل عرض جزءا من الثمن وحجز باقيه بدون حق ^(٢) .

شفعة الصبي

٣٥٤ - لولى الصبي أو وصيه أن يأخذ له بالشفعة ^(٣) بشرط أن لا يكون فيها غبن فاحش ^(٤) . فان لم يطلبها الولي أو الوصي وبلغ الصبي فلا شفعة له بعد البلوغ ^(٥) . فان لم يكن للصبي ولي ولا وصي ينصب له القاضي قيا لياخذ له بالشفعة ، فان لم ينصب له قيا فانه يبقى على شفעתه حتى يبلغ فيأخذها ، ولو مضى على بيع العقار المشفوع سنون ^(٦) .

وقال الامام محمد اذا لم يطلب الولي أو الوصي الشفعة أو سلمها ، وكان البيع بمثل القيمة أو أقل ، فلا يبطل حق الصبي في الأخذ بالشفعة ، لأن من له

(١) استئناف أهلى ١٧ مارس ١٩٠٤ (دائرة قاسم أمين بك ومستر هالتون وأحمد زيور بك) الحقوق ٢٠ ص ٣٥ المجموعة ٦ رقم ١٤ ص ٢٨ الفهرست المصرية الأولى للمجموعة رقم ٨٥٥ مجموعة ناصر ١٢٩٦ .

(٢) استئناف مصر ٢٣ يونيه ١٩٢٥ (دائرة محمد مصطفى بك وشاكر أحمد بك والقاضي المتدب محمد نور بك) المحاماة ٦ رقم ٤٣٧ ص ٧١٥ الجدول الثمري الأول للحمادة رقم ١٠٥٩ مجموعة ناصر ٤٧٢٦ . وقد جاء في أسبابه : « حيث ان للمتأف لم يعرض جميع الثمن ، بل عرض جزءا فقط من الثمن وحجز باقى الثمن بدون حق ، وهو المخصص لدفع ديون الرهن ، وقد أثبتت المحكمة الابتدائية في حكمها أن المتأف مهمل في عدم استيفاء اجراءات الشفعة بعرض جميع الثمن ، وألزمته بالإيداع في خزانة المحكمة والا سقط حقه في الشفعة ، ومن ثم يكون المتأف ملزما بالمصاريف » .

(٣) مرشد الحيران المادة ١٢١ .

(٤) شرح مرشد الحيران ص ١٠٥ .

(٥) المجلة للمادة ١٠٣٥ .

(٦) مرشد الحيران المادة ١٢١ .

الولاية أو الوصاية قد فوت حقاً للصغير بالإهمال ، والشرع لا يفوته حرصاً منه على حق الصبي ^(١) .

ولو باع الأب داره وولده الصغير شفيهما كان للصبي أن يأخذها بالشفعة إذا بلغ ، إذ ليس للوالد أن يطلب الشفعة لولده لأنه بائع .

ولو اشترى الأب داراً لنفسه وولده الصغير شفيهما ليس للصبي إذا بلغ أن يأخذها بالشفعة ، لأن الأب كان متمكناً من أخذها بالشفعة لكون الشراء لا ينافي الأخذ بالشفعة ، بخلاف ما لو باع الأب داراً لنفسه وابنه الصغير شفيهما ، فلم يطلب الأب الشفعة للصغير ، لا تبطل شفעתه ، لأن الأب هنا لا يتمكن من الأخذ بالشفعة لكونه بائعاً وسكوت من لا يملك الأخذ لا يكون مبطلاً ^(٢) .

وجاء في الفقه : وإذا باع وصى الأيتام ، فباع لأحدهم نصيباً في شركة آخر ، كان له الأخذ للآخر بالشفعة ، لأنه كالشراء له ، وإن كان الوصي شريكاً لمن باع عليه لم يكن له الأخذ ، لأنه متهم في بيعه ، ولأنه بمنزلة من يشتري لنفسه من مال يتيمة . ولو باع الوصي نصيبه كان له الأخذ لليتيم بالشفعة إذا كان له الحظ فيها ، لأن التهمة منتفية ، فإنه لا يقدر على الزيادة في ثمنه ، لكون المشتري لا يوافق ، ولأن الثمن حاصل له من المشتري كحصوله من اليتيم ، بخلاف بيعه مال اليتيم فإنه يمكنه تقليل الثمن ليأخذ الشقص به ، فإذا رجع الأمر إلى الحاكم فباع عليه فللوصي الأخذ حيثنذ لعدم التهمة . وإن كان مكان الوصي أب ، فباع شقص الصبي فله أن يأخذها بالشفعة ، لأن له أن يشتري من نفسه مال ولده لعدم التهمة . وإن بيع شقص في شركة حمل لم يكن لوليه أن يأخذها بالشفعة ، لأنه لا يمكن تملكه بنير الوصية . وإذا ولد الحمل ثم كبر فله الأخذ بالشفعة كالصبي إذا كبر ^(٣) .

وقد حكم بأنه لا يسوغ للقاصر أن يقيم دعوى الشفعة إلا بوصيه . وإذا

(١) شرح مرشد الحيران ص ١٠٨ و ١٠٩ .

(٢) الحانية — سليم باز على المادة ١٠٣٥ من المجلة .

(٣) الفقه ص ٤٩٧ — ٤٩٨ .

كان الوصى هو البائع لزم أن يعين قاضى الأحوال الشخصية وصيا آخر يطلبها له (١).

مستقطات الشفعة

٣٥٥ — أم الأسباب التى يسقط بها حق الشفعة هى الآتية :
أولا — التنازل .

ثانيا — عدم اظهار الرغبة فى الميعاد .

ثالثا — عدم رفع الدعوى فى الميعاد .

رابعا — مضى ستة أشهر من تسجيل البيع .

خامسا — بطلان البيع .

سادسا — مضى للدة الطويلة .

سابعا — زوال أحد شروط الشفعة .

أولا — التنازل

٣٥٦ — فى الشريعة الإسلامية — يشترط فى الشريعة عدم رضا

الشفيع بالبيع وحكمه ، فان رضى بالبيع أو بحكمه فلا شفعة له ، لأنه يكون رضى بضرر جوار المشتري . والرضا قد يكون صريحا ، وقد يكون دلالة . والدلالة نحو أن يبيع الشفيع الدار المشفوع فيها ، بأن وكله صاحب الدار ببيعها فباعها ، فلا شفعة له ، لأن بيع الشفيع دلالة الرضا بالعقد وثبوت حكمه ، وهو الملك للمشتري (٢) .

٣٥٧ — فى القانون المصرى — كانت المادة ٩٨/٧٢ من القانون

(١) طنطا الابتدائية ١٩ ديسمبر ١٩٠٦ (دائرة حسن حسنى بك ومستر ويكمان لونيغ والفاضى أحمد زكى أبو السعود) المجموعة ٨ رقم ٣٩٩ القهرست المصرية الأولى للمجموعة رقم ٨٥١ الحقوق ٢٢ ص ٥٩ المحاكم ١٨ ص ٣٨٢ مجموعة ناصر ١٢٧٦ .

(٢) البائع ٥ ص ١٥ .

وقد جاء فى المادة ١٠٢٤ من المجلة : يشترط ألا يكون الشفيع رضى صراحة أو دلالة بقدر —

المدنى تجيز التنازل أيضا ، اذ جاء فيها : « يسقط حق الشفعة اذا وقع من الشركاء عقد أو أمر يستدل منه على قبولهم ملكية المشتري »^(١) .

ويلاحظ أن هذه المادة لم تنص الا على التنازل الحاصل من الشركاء ، ولكن ذلك لم يمنع المحاكم من مراعاته أيضا بالنسبة للجبار ، فقد قررت محكمة أسبوط الابتدائية^(٢) أن المادة ٧٢ تقضى بأن حق الشفعة يسقط اذا وقع من الشركاء عقد أو أمر يستدل منه على قبولهم ملكية المشتري ، وهذه الأحوال تجب مراعاتها أيضا في حق الجبار ، بحيث انه لو وقع منه أمر أو عقد يستدل منه على أنه قبل ملكية المشتري للعقار المشفوع منه يسقط حقه في الشفعة بلا شك ، لأن ما جوزه القانون بالنسبة للشريك يجوز بالنسبة للجبار ، اذ حقها يترتب على أمر واحد ، وهو حق الأخذ بالشفعة .

وقد طبقت هذه المادة أيضا محكمة الاستئناف^(٣) ، اذ قررت أن حق الشفعة حق وارد على غير القياس ، فلا يتوسع فيه التوسع المطلق في الحقوق الواردة على القياس ، وقد جرى على هذه القاعدة أئمة الشريعة الاسلامية الفراء ، حيث قرروا بسقوط حق الشفعة بمجرد حصول أمور لم يحملوها سببا لسقوط حقوق أخرى من التي وردت على سنن القياس ، وأن علماء القانون أجمعوا على أن الأمور التي يؤخذ منها التنازل الضمنى لا تقع تحت حصر أو قاعدة ، بل هي

== البيع الواقع . فالذا مع بمقد البيع ، وقال هو مناسب ، سقط حق شفخته ، وليس له طلب الشفعة بعد ذلك ، وكذا اذا طلب بعد صماعة بالبيع شراء العقار المشفوع أو استجاره من المشتري سقط حق شفخته ، وكذلك اذا كان وكيلًا للبائع فليس له حق الشفعة في العقار الذى باعه بوكالته .

(١) استئناف أهلى ٢ يناير ١٨٩٦ (دائرة أحمد عفيفى بك ومستر كامرون وبمجي ابراهيم بك) (الضا ٣ ص ٢٣٠) .

(٢) أسبوط الابتدائية ~~محكمة~~ استئنافى ٤ أكتوبر ١٨٩٨ (دائرة أحمد حلى بك والقاضى نمان عمران والقاضى محمد زكى) (الضا ٦ ص ١٧٢) .

(٣) ٧ نوفمبر ١٨٩٥ (دائرة أحمد عفيفى بك وكوربت بك والقاضى سمد زغلولة) الحقوق ١٠ ص ١٨٥ .

موكولة لرأى القضاة وذمهم^(١) .

٣٥٨ - قانونه الشفعة - قد نصت على التنازل الفقرة الأولى

من المادة ١٩ من قانون الشفعة ونصها : « يسقط حق الشفعة في الأحوال الآتية :

« 1° S'il y a eu renonciation expresse ou tacite.

La renonciation tacite résulte de tout acte impliquant que le préempteur a reconnu l'acquéreur comme propriétaire définitif de l'immeuble vendu » .

أولا - إذا حصل التنازل عنه

صراحة أو ضمنا . ويستدل على التنازل الضمني بكل عمل أو عقد يؤخذ منه أن الشفع عرف المشتري بصفة مالك العقار نهائيا^(٢) .

ويجب أن يكون التنازل قطعيا ، لا معلقا على شرط ، كما يؤخذ من لفظة

« نهائيا » الواردة بالمادة .

٣٥٩ - التنازل الصريح - التنازل الصريح ، كما جاء في بدائع

الصنائع ، نحو أن يقول الشفع أبطلت الشفعة أو أسقطتها أو أبرأتك عنها أو سلمتها ونحو ذلك ، لأن الشفعة خالص حقه ، فيملك التصرف فيها استيفاء

(١) راجع أيضا استئناف أملى (دائرة أحمد عفيفي بك وحامد محمود بك ومستر سائر)

٢ مايو ١٩٠١ المجموعة ٣ رقم ١٥ ص ٤٤ .

(٢) راجع استئناف ٨ ديسمبر ١٩٣١ (دائرة كامل إبراهيم بك ومحمود سامي بك

وعلام محمد بك) المجموعة ٣٣ رقم ٩٢ ص ١٧٤ مجموعة ناصر ٤٧٤٩ : يسقط حق الشفع في الأخذ بالشفعة إذا ثبت أنه عند ما علم بالفراء أظهر رغبته في عدم الأخذ بالشفعة ، أو بعبارة أخرى تنازل عن حقه فيها ، وأنه ما رفع الدعوى بعد هذا التنازل إلا لفائدة شخص آخر أراد أن يحمله سيلا تملك العقار للشفع .

النصورة الجزئية ٢٢ فبراير ١٩٢٦ (القاضي يوسف رفعت) المحاماة ٨ رقم ٣٧٩ ص

٥٧٨ مجموعة ناصر ٤٧٧٤ : الصريك الذى يطلب الشفعة في حصه شائعة يمت على التحديد ليس ملزما أن يذكر في اقرار الشفعة الحدود الواردة بمقد البيع الصادر على التحديد دون الحدود الأصلية للعين المشتركة ، لأنه اذا ضل ذلك فقد يؤخذ عليه هذا الأمر كإقرار أو رضاء بالتحديد ، فيسقط حقه في الشفعة .

واسقاطا ، سواء علم الشفيع بالبيع أو لم يعلم بعد أن كان بعد البيع ، لأن هذا اسقاط الحق صريحا وصريح الاسقاط يستوى فيه العلم والجهل ، كالأبراء عن الحقوق ، بخلاف الاسقاط من طريق الدلالة فإنه لا يسقط حقه ثمة الا العلم^(١) .
 وانما كان كذلك لأن السقوط في الحالة الأولى بصريح الاسقاط والاسقاط تصرف في نفس الحق ، فيستدعى ثبوت الحق لاغير . والسقوط في الحالة الثانية ، أى بطريق الدلالة ، وهى دلالة الرضا ، لا بالتصرف في محل الحق ، بل في محل آخر ، والتصرف في محل آخر لا يصلح دليل الرضا الا بعد العلم بالبيع ، اذ الرضا بالشئ بدون العلم به محال^(٢) .

ويحصل التنازل الصريح في أى وقت لناية يوم الحكم^(٣) .

٣٦٠ - التنازل الضمنى - من الأمور التى يؤخذ منها التنازل دلالة

استتجار الشفيع ، من المشتري ، العقار المبيع ، ودفع قيمة الأيجار المشتري ان كان العقار مؤجرا من البائع قبل البيع^(٤) ، والاتفاق على حقوق ارتفاق أو على قسمة العقار قسمة زراعية ان كان مشتركا^(٥) .

كذلك التنازل عن الشفعة للغير ، لأن حق الشفعة من الحقوق الشخصية التى لا يجوز لصاحبها أن يتنازل عنها لغيره ، بل التنازل عنها بعد اسقاطها ، وقد قرر هذا المبدأ علماء القوانين الفرنسية في حق الاسترداد الوراثى المقرر بالمادة ٨٤١^(٦) .

(١) البائع ٥ ص ١٩ .

(٢) البائع ٥ ص ٢١ .

(٣) فتنى زغلول باشا ص ٩٧ .

(٤) فتنى زغلول باشا ص ٩٧ — استئناف أهلى ٢ مايو ١٩٠١ (دائرة أحمد عفيفى بك وحامد محمود بك ومستر ساتو) المجموعة ٣ رقم ١٥ ص ٤٤ الفهرست المصرية الأولى للمجموعة ٨٦١ — استئناف مختلط ٢٢ مارس ١٩٢١ (٣٣ ص ٢٢٧) .

(٥) فتنى زغلول باشا ص ٩٧ — راجع أيضا استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر ١٨٩٥ (٨ ص ١٦) ، ٦٤ ابريل ١٨٩٩ (١١ ص ١٨٢) .

(٦) استئناف ٢ مايو ١٩٠١ المجموعة ٣ رقم ١٥ ص ٤٤ المتقدم .
 استئناف مصر الأهلية ١٦ ديسمبر ١٩٢٩ (دائرة كامل ابراهيم بك ومحمود سامى بك =

٣٦١ - إثبات التنازل - نصت المادة ٢٠ على أنه :

« Le fait de la renonciation tacite au droit de préemption, de même que le fait de la connaissance de la vente, pourront être prouvés par tous les moyens légaux et même par témoins ».

« يجوز إثبات التنازل الضمني عن حق الشفعة والتم بالمبيع بكافة طرق الإثبات المقررة في القانون بما فيها الإثبات بالبينة ^(١) » .

وأنه وإن كان جائزاً إثبات التنازل دلالة بالبينة فإنه لا يجوز إثبات التنازل

(= وعلام عهد بك) المحاماة ١٠ رقم ٢١٣ من ٤٣٢ الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ١٠٢٨ : إذا قبض البائع باقى الثمن من الشفع ، وتنازل له عن حق امتيازته على المين البيعة ، فلا يعتبر هذا وحده عدولاً من الشفع عن المطالبة بحق الشفعة ، إذ الأصل أن الشفع ليس له أن يتفزع بالأجل الممنوح للمشتري إلا برضاء البائع نفسه ، وحلول الشفع محل البائع فى باقى ثمن الصفقة قد يدل على تسكه بالشفقة .

راجع البائع ه ٢١ : وأما بطلان الشفعة من طريق الدلالة فهو أن يوجد من الشفع ما يدل على رضاه بالمقد وحكمه للمشتري وهو ثبوت الملك له ، لأن حق الشفعة مما يبطل بصريح الرضا ، فيبطل بدلالة الرضا أيضاً ، وذلك نحو ما إذا علم بالصفراء فترك الطلب على الفور من غير عنر أو قام عن المجلس أو تشاغل عن الطلب بعمل آخر على اختلاف الروايتين ، لأن ترك الطلب مع القدرة عليه دليل الرضا بالمقد وحكمه للنفيل . وكذا إذا ساوم الشفع الدار من المشتري أو سألته أن يوليها أو استأجرها الشفع من المشتري أو أخذها مزارعة أو معاملة ، وذلك كله بعد علمه بالصفراء ، لأن ذلك كله دليل الرضا . أما المساومة فلائها طلب تمليك بصفد جديد وأنه دليل الرضا بملك التملك . وكذا التولية لأنها تملك بمثل الثمن الأول من غير زيادة ولا نقصان وإنها دليل الرضا بملك التملك . وأما الاستئجار والأخذ مطاملة أو مزارعة فلائها تقرير لملك المشتري ، فكانت دليل الرضا بملكه .

ومرشد الحبران المادة ١٤٢ : إذا اشترى الشفع المقار الشفع من المشتري سقطت شفته ، وإذا سقطت شفته فلن دونه أو مثله فى الدرجة من النقصان أن يأخذ بالمقد .

والمادة ١٤٣ : إذا استأجر الشفع المبيع أو ساومه يما أو اجارة أو طلب من المشتري ييمه له تولية أى بمثل الثمن الأول سقطت شفته .

(١) استئناف مخطوط أول فبراير ١٩٢٧ (٣٩ من ٢٠٥) ، ١٦ ابريل ١٩٠٣

(١٥ من ٢٤٥) ، ٢٦ يناير ١٩٠٥ (١٧ من ١٠٢) ، ١٤ يونيو ١٩٠٦ (١٨

من ٣٢٧) .

الصريح بها ان كانت القيمة تزيد على ألف قرش ^(١).

٣٦٢ - التنازل عن الشفعة بعد طلبها ^(٢) - يجوز للشفيع بعد أن

يطلب العين المبيعة بالشفعة أن يتنازل عنها ^(٣).

وقد حكم بأنه اذا استعمل الشفيع حقه ، ثم عدل فتنازل عنه ، فلا يترتب على ذلك حق للشفوع منه في مطالبة الشفيع بالتعويض ، ما دام أن الأخير انما استعمل حقه في حدود القانون ، فلم يسرف في استعماله ولم يفرط فيه ، وما دام أنه لم يصب للشفوع منه ضرر ما من قبل الشفيع ، وحتى اذا كانت الأثمان قد هبطت فلا يلزم بتعويض ، لأن هبوط أسعار الأطلين ليس من فعل الأخير ^(٤).

٣٦٣ - طلب الشفعة بعد التنازل عنها - يتجدد حق الشفعة ، ويمكن

(١) استئناف أهلى ٧ مايو ١٨٩٥ (دائرة حميد محمود بك والقاضى قاسم أمين ومستر بوند) الحقوق ١٠ رقم ٤٢ ص ٢٠٢ . وسبب هذا التمييز واضح ، لأنه في حالة ما يكون القصد اثبات تنازل صريح فلا شيء يمنع المحصوم من الحصول على كتابة تثبت هذا الاتفاق ، أما الأعمال التى تكون صدرت من أحد المحصوم فهذه ظاهرة أنه لا يمكنه تكليف أحد بأخذ كتابة عليها لأنه يكون الزاماً بأمر فوق الطاقة .

استئناف مخطط ٢٦ يناير ١٩٠٥ (١٧ ص ١٠٢) الاستقلال ٤ رقم ٤٧١ ص ٥٤٨ .

(٢) راجع بنفذة ٣٦٩ .

(٣) وجاء فى المادة ١٣٧ من مرشد الحيران : اذا أسقط الشفيع حقه فى الشفعة وتركه قبل الحكم سقط حقه ، وللشفعاء الأخر أن يأخذوا المقار للبيع ان طلبوا الشفعة بصروطها . وان أسقط حقه بعد الحكم له فلا يسقط ولا يكون لأحد حق فيه .

(٤) بنى سويى الابتدائية أول مارس ١٩٢١ (دائرة القضاة محمد فؤاد حسنى وممراد كامل وحسن عبد الرحمن) المحاماة ٢ رقم ٩١ ص ٢٨٤ الجدول العبرى الأول للحمادة رقم ١٠٢٦ .

استئناف أهلى ٢٨ فبراير ١٩٢٢ (دائرة مستر مارشال وعطية حسنى بك ومحمد حلى عيسى بك) المحاماة ٢ رقم ١٠٥ ص ٣٢٩ الجدول العبرى الأول للحمادة رقم ١٠٢٧ مجموعة ناصر ١٣٣٧ .

راجع ما تقدم بنفذة ٣٠٩ .

استعماله عند كل انتقال للملكية ، فإذا تنازل شفيع عن حق شفيعته فهذا التنازل لا يحتج به عليه إذا ما انتقلت الملكية للمالك جديد ، فإنه يجوز له في هذه الحالة أن يطالب بالشفعة ، إذ أن تنازله لم يكن إلا بالنسبة للمالك السابق ^(١) .

٣٦٤ — التنازل عن الشفعة مقابل تعويض — هل يجوز التنازل عن

حق الشفعة مقابل تعويض ؟ نذكر أولاً حكم الشريعة الفراء ، ثم نأتي بحكم القانون .

٣٦٥ — في الشريعة الإسلامية : لو صالح الشفيع المشتري على أن

يترك شفيعته بمال يأخذه من المشتري لم يجز الصلح ، ولم يثبت العوض ، وبطل حق الشفعة . أما بطلان الصلح فلانعدام ثبوت الحق في الحل ، لأن الثابت للشفيع حق التملك ، وأنه عبارة عن ولاية التملك ، وأنها معنى قائم بالشفيع فلم يصح الاعتياض عنه ، فبطل الصلح ، ولم يجب العوض ، ولو أخذ المال فعليه رده . وأما بطلان حق الشفيع فلا أنه أسقطه بالصلح ، فالصلح وإن لم يصح فاسقاط حق الشفعة صحيح ، لأن صحته لا تقف على العوض ، بل هو شيء من الأموال لا يصلح عوضاً عنه ، فالتحق ذكر العوض بالعدم ، فصار كأنه سلم بلا عوض ^(٢) . وهذا هو رأي الحنفية .

وعند الحنابلة : قال القاضي لا تسقط الشفعة ، لأنه لم يرض باسقاطها ، وإنما رضى بالمعاوضة عنها ، ولم تثبت المعاوضة ، فبقيت الشفعة . ولابن قدامة أنه رضى بتركها وطلب عوضها ، فثبت الترك المرضى به ، ولم يثبت العوض ، كما لو قال بعتي فلم يبيعه ، ولأن ترك المطالبة بها كاف في سقوطها ، فمع طلب عوضها أولى . ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين .

وقال مالك إن صالحه عنها بعوض يصح ، لأنه عوض عن إزالة ملك ، فجاز

(١) استئناف مخطوط ٣ يناير ١٩٠١ (١٣ من ١٠١) المجموعة الرسمية المختلطة ٢٦

ص ١٢٥ .

(٢) البائع ص ٢١ .

أخذ العوض عنه ^(١) .

٣٦٦ - في القانون — لا يوجد في القانون ما يمنع ترك حق الشفعة مقابل تعويض . فالمشتري الذي يكون دفع الى الشفيع مبلغا من النقود لهذا الغرض لا يقبل منه فيما بعد طلب رده بناء على أنه دفع بغير سبب . وأنه وإن كان رأى الحنفية في الشريعة الاسلامية وجوب الرد ، فإن مذهب الامام مالك يميز التنازل بالعوض ، ولا يرد العوض ، بل يكون ملك الشفيع . وبما أن الشفعة حق مقرر قانونا للشفيع فترى الأخذ بمذهب الامام مالك لموافقته للقانون . وقد أخذت بهذا الرأي محكمة قنا ^(٢) .

٣٦٧ - التنازل عنه الشفعة قبل البيع — من المقرر أن الحق لا يتنازل عنه الانسان الا اذا كان موجودا ، وبما أن حق الشفعة لا وجود له الا بعد حصول البيع ^(٣) ، فكل تنازل عن الأخذ بالشفعة قبل البيع لا يحرم التنازل من حقه في طلب الشفعة ^(٤) .

(١) الفنى ٥ من ٤٨٢ .

(٢) قنا الجزئية ٢٤ يونيه ١٩٠١ (الفاضى أحمد عابدين) الاستقلال ٢ رقم ٧ ص ١١ الحقوق ١٧ ص ٢٦٨ رقم ١٣٤ المحاكم ١٣ ص ٢٨٤٤ مجموعة ناصر ١٣١٣ .

(٣) استئناف أهلى ١٧ نوفمبر ١٩٢١ دائرة أبو بكر يحيى باشا ومستر هل وحلى عيسى بك (المجموعة ٢٣ رقم ١٠٠ من ١٥٥ مجموعة ناصر ١٣١٨ .

(٤) الفتن الجزئية ٩ يونيه ١٩٣٠ (الفاضى عارف محمد) المحاماة ١١ رقم ٤٩٢ ص ٩٨٠ مجموعة ناصر ٤٧٧١ .

عكس هذا رأى : ذهبى بك فى كتابه « فى الأموال » نيزة ٤٦٧ ، حيث يقول « وأما تطبيق بقاء حق الشفعة على اعتبار أن التنازل عن حق لا يصح الا عند وجود هذا الحق بالنقل والواقع فهنا لا هره . وما الحكم حيثئذ فى التنازل الصريح الذى يؤخذ على النفع قبل ظهور حق الشفعة ، كما يحصل عادة فى الشركات التى تشتري الأراضى وتقسمها قطعا وتبيعها كذلك بالتقسيم أو بغير التقسيط ، ثم تشتتر على كل مشتر أنه لا يطالب بالشفعة فى الأرض المجاورة له ، وأنه يتنازل وقت شرائه عن المطالبة بالشفعة فى القطعة التى تباع فيا بعد وتكون مجاورة له ؟ فهل مثل هذا الصرط صحيح أم باطل ؟ لا نرى محلا للقول بطلان الصرط وعدم صحته ، =

أعرب زيد لعمره وبكر عن رغبته في بيع عقار لها الحق في أخذه بالشفعة ، فرفضاً شراؤه ، فلما باعه لشخص ثالث قاما يطالبان بأخذه بالشفعة ، فتمسك زيد برفضها الأول ، وأراد أن يمنعهما من ذلك ، فحكمت محكمة متفلوط بأنه ليس للرفض الحاصل قبل البيع تأثير في استعمال حق الشفعة إذا آن أوانه ، لأنه لم يوجد إلا بعد بيع العقار ^(١) .

كذلك قررت محكمة الاستئناف أن عرض العقار المشفوع على الشفيع قبل البيع وعدم قبوله مشتراه لا يعد تنازلاً عن حقه بالشفعة بعد البيع ^(٢) .
والأحكام المتقدمة مطابقة للشريعة الإسلامية ، فقد جاء في البدائع ^(٣) :
ولا يصح تسليم الشفعة قبل البيع ، لأنه إسقاط الحق ، وإسقاط الحق قبل وجوبه ووجود سبب وجوبه محال .

== بل نقول بصحته . ثم ولو أن حق الشفعة لم يظهر وقت الاشتراط بعدم التمسك به ، ولم يكن التنازل عنه حاصلًا وقت وجود الحق بالقبض ، لأنه لا يوجد قانوناً إلا بالبيع ، إلا أننا لا نرى ما يمنع التنازل عن حق سيظهر فيما بعد ، بينما أركان الحق ظاهرة بحيث لا تخفى على الشفيع ، إذ يرى العقار الذي سيكون مشفوعاً ، ويرى شروط الشفعة لديه من جوار أو حق ارتفاق وغير ذلك ، وإنما الذي ينقص فقط هو البيع ، أي العملية القانونية التي تنصب على العقار المشفوع . وهل في بيان أركان الشفعة هذه ووضوحها لدى الشفيع ، مع عدم حصول البيع فقط ، تمهيد على الشفيع حتى يقال بأن تنازله صادق حقاً مجبواً لا يعرف له حد ولا قدر ؟ نظن لا . ونرى القول بصحة القضاء ، وأنه لو قبل المالك لتعطلت أعمال هذا النوع من المعركات التي ذكرناه ، فلا يقبل الناس على شراء قطع الأراضي خوفاً من شفعة القضاء . وفي ذلك ما يحول دون ترويع نقل الملكية في المقارات من يد إلى أخرى .

- (١) متفلوط ١٥ مايو ١٩١٥ (الفاضل إبراهيم ثروت) المجموعة ١٦ رقم ٩٣ من ١٥٣ الفهرست المصرية الأولى للمجموعة ٩٥٨ . الحقوق ٣٣ ص ٣٨ مجموعة ناصر ١٣١٦ .
- (٢) استئناف أهلى ٧ ديسمبر ١٩٠٥ (دائرة أحمد عفيفي بك وعلى ذو الفقار بك ومستر رويل) الاستقلال ٥ رقم ٦٦ ص ٨٥ مجموعة ناصر ١٣١٥ — ٢٩ مايو ١٨٩٣ (دائرة أحمد عفيفي بك ومحمد مجدى بك ومستر بوند) الحقوق ٩ ص ٢٢٥ و ١٧ نوفمبر ١٩٢١ المجموعة ٢٣ رقم ١٠٠ ص ١٥٥ التقدم — واستئناف مخطط ٢٢ مايو ١٩٠٢ (١٤ ص ٣١٢) المجموعة الرسمية المختلطة ٢٧ — ٣٧٤ ١٩٠٢ يونيو ١٩١٥ الصرائع ٣ رقم ٢٨ ص ١١٣ ، ١٨ فبراير ١٩٠٩ (٢١ ص ٢٠٢) .
- (٣) ٥ ص ١٩ .

٣٦٨ — المساومة في الشراء — لا تعتبر المساومة في الشراء تنازلا عن حق طلب الشفعة اذا بيعت العين لفير للمساوم ، لأن حق الشفعة الذي هو نزاع ملك المشتري جبرا عنه لا يولد قبل أن يوجد المشتري ويتم له الشراء ^(١) .

٣٦٩ — التنازل بعمر الحكم — انه وان كان مجرد حصول الطلب من الشفيع لا يلزمه ، لأنه أمر اختياري من جهته ويمكنه المدول عنه ، الا أن حقه هذا في المدول ينقطع برضاء المشتري أو بالقضاء بالشفعة ، لأن رضاء المشتري هو قبول لذلك الايجاب الذي عرضه الشفيع بالطلب ، وبذلك يتم عقد بين الاثنين بملكية الشفيع للعين وأحقية المشتري للثمن ، ولا يجوز لأحدهما فسخه الا برضاء الآخر أو القضاء . ومن المقرر أن الشفيع له أن يترك الشفعة قبل الحكم ، أما بعده فلا يصح له الترك ، لتحول الصفقة اليه ، فلا يجوز له ابطالها منفردا ^(٢) .

وقد حكم بأنه اذا كانت الشفعة تتم بالحكم فيها فقد أصبحت العين ملكا للشفيع والثن حقا للشفوع منه ، فلا يملك الشفيع التنازل عن حكم الشفعة ، ولا يؤثر هذا في حق الشفوع منه في تنفيذ الحكم للحصول على الثمن دون حاجة الى رفع دعوى جديدة به . وعلى ذلك فالاشكال في تنفيذ حكم الشفعة للحصول على الثمن مقبول اذا كان مبنيا على أن للشفيع ديناً على الشفوع منه يجب محاسبته عليه أو المقاصة فيه مع الثمن ، وأما اذا كان مبنيا على أن لا حق للشفوع منه في تنفيذ حكم الشفعة للحصول على الثمن فيصبح الاشكال غير مقبول ^(٣) .

ثانياً — عدم اظهار الرغبة في الميعاد

٣٧٠ — في التريفة الاسعورية — جاء في المادة ١٣٦ من مرشد

(١) طنطا الاجنبائية ٢٥ أبريل ١٩٢٠ (دائرة عبد المجيد بدوي بك والقاضي خليل عفت والقاضي صالح جعفر) المحاماة ١ رقم ٢٦ ص ١٥٢ الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ١٠٢٥ مجموعة ناصر ١٣١٧ .

(٢) راجع ما تقدم نيفه ٣٦١ .

(٣) مصر الاجنبائية ٢٢ نوفمبر ١٩٢٧ (دائرة علي زكي الرازي بك والقاضي مصطفى صبرى والقاضي عبد الفتاح سليم البصري) المحاماة ٨ رقم ٢٦٥ ص ٣٧٦ .

الحيران : تبطل الشفعة بترك طلب الموائبة أو باختلال شرط من شروط سمته ، وتسقط أيضا بترك طلب التقرير والاشهاد مع امكانه والقدرة عليه ، وتأخير طلب الخصامة شهرا بلا عذر .

وقد قلنا فيما سبق ^(١) ان طلبى الموائبة والاشهاد فى الشريعة يقابلان اعلان الرغبة فى القانون ، وان طلب التملك والخصومة فى الشريعة يقابل رفع الدعوى فى القانون .

٣٧١ - فى القانون المصرى - كانت المادة ١٠٠/٧٥ مدنى تنضى بأنه « يجب على من له حق الشفعة ويرغب الأخذ بها أن يبين رغبته فى ذلك بتقرير يقدم لقم كتاب المحكمة التابعة لها الجهة الكائن فيها العقار فى ظرف خمسة عشر يوما بالأكثر من بعد تكليفه رسميا بمعرفة المشتري بإبداء رغبته والاسقط حقه ، ويزاد على هذا مسافة الطريق ^(٢) » .

٣٧٢ - فى قانون الشفعة - قررت الفقرة الثانية من المادة ١٩ ^(٣)

(١) راجع نبذة ٣١٢ .

(٢) استئناف ٢٥ مارس ١٨٩٨ (دائرة مستر بوند ويحيى ابراهيم بك ومستر بلاتون) الحقوق ١٣ رقم ٣٧ ص ١١٤ : يجب على الشفيع بمجرد علمه بالبيع ، أى عند تولد حقه ، أن يادر الى طلب الشفعة والاسقط حقه فى ذلك . وهذا المبدأ مأخوذ من نصوص الصريعة الفراء التى هى المرجع الصرى فى أحكام الشفعة ويخالفه أحكام القانون الأهلى .

راجع أيضا ملنطا الاجدائية ٢٦ نوفمبر ١٩٠٠ (دائرة بطرس يوسف بك) الاستقلال ٢ رقم ٣٣ ص ٤٠ ، وقد أيدته محكمة الاستئناف فى ١٣ يناير ١٩٠٣ برئاسة ساعد زغلول بك .

واذا كان الشفيع يعلم بالبيع فى وقت حصوله ، ويسلم أيضا أن المشتري استعمل البيع بعفة مالك وأجرى فيه عمليات وأعمالا أخرى ، ولم يد أى رغبة فى الأخذ بالشفعة مدة أربع سنوات ، يكون هذا السكوت المصحب بهذه الحالة دليلا كافيا على تنازله عن حق الشفعة ضمنا وسقوط حقه فيها ، لأنه لا يسوغ بقاء المشتري زمنا طويلا مهيدا من الشفيع باسم استعماله لحق الشفعة (استئناف ٥ مارس ١٨٩٦) دائرة أحمد عفيفى بك ويحيى ابراهيم بك ومسيو كلرون (القضا ٣ ص ٣٠٩) .

(٣) راجع ما تقدم نبذة ٢٦٩ .

أن حق الشفعة يسقط « إذا لم يظهر الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة في ظرف ١٥ يوما من وقت علمه بالبيع أو من وقت تكليفه رسميا بإبداء رغبته ، سواء كان بناء على طلب البائع أو بناء على طلب المشتري ، ويزاد على هذه المدة عند الاقتضاء ميعاد المسافة ^(١) » .

ولأجل أن يسقط حق الشفيع لعدم المطالبة به في مدة خمسة عشر يوما من وقت علمه بالبيع لا يكفي أن يكون قد علم بمحصول البيع ، بل يلزم أيضا أن يكون قد عرف اسم المشتري وثن البيع وباقي شروط العقد كما تقدم ^(٢) ، قياسا على ما يجب توافره من البيانات في اعلان التكليف بإبداء الرغبة ^(٣) .

(١) استئناف مخطط ٦ فبراير ١٩٠٢ (١٤ ص ١٢٠) .

(٢) ما تقدم نبذة ٣٠٦ .

استئناف أهلى ٣ مارس ١٩٠٣ (دائرة سمد زغلول بك ومستر هالتون ومستر برى)
المجموعة ٤ رقم ٨٥ ص ١٩٣ الحقوق ١٨ ص ٢١٩ .
النصورة الجزئية أول فبراير ١٩١٧ (القاضي فوزى للطبي) الحقوق ٣٣ ص ٤٣
المجموعة ١٨ رقم ٧٠ ص ١٢١ .

استئناف مصر أهلى ٦ يناير ١٩٢٩ (دائرة على حيدر حجازى بك ومسيو سودان وأحمد مختار بك) المحاماة ١٠ رقم ٢٦٤ ص ٥٣٩ الجدول العشرى الأول للمحاماة
رقم ١٠٤٨ .

استئناف مخطط أول مايو ١٩٠٢ (١٤ ص ٢٧٤) .

(٣) أبتوب الجزئية ٩ فبراير ١٩٢٦ (القاضي فؤاد عزيز) المحاماة ٦ رقم ٣١٣ ص ٤٥٣ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٤٣ .

وقد جاء في البدائع : ولو أخبر بالبيع بقدر من الثمن أو من فلان فلم ، فظهر بخلافه ، هل يصح تسليمه ؟ فالأصل في جنس هذه المسائل أنه ينظر ان كان لا يختلف غرض الشفيع في التسليم صح التسليم وبطلت شفעתه ، وان كان يختلف غرضه لم يصح وهو على شفעתه ، لأن غرضه في التسليم اذا لم يختلف بين ما أخبر به وبين ما بيع به وقع التسليم محصلا لغرضه فصح ، وإذا اختلف غرضه في التسليم لم يقع التسليم محصلا لغرضه فلم يصح التسليم . وبيان هذا في مسائل اذا أخبر أن البار يمت بألف درهم فسلم ، ثم تبين أنها يمت بألفين ، فلا شفعة له ، لأن تسليمه كان لاستكثاره الثمن ، فإذا لم تصلح له بأقل الثمنين فبأكثرها أولى ، فحصل غرضه بالتسليم ، فبطلت شفעתه . ولو أخبر أنها يمت بألف فسلم ، ثم تبين أنها يمت بمجساة ، فله الشفعة ، لأن التسليم عند كثرة الثمن لا يدل على التسليم عند قلته ، فلم يحصل غرضه بالتسليم فيبقى على =

ويموز اثبات العلم بالأدلة المادية وبقرائن الأحوال والبيئة كما تقدم^(١).

ثالثا — عدم رفع الدعوى فى الميعاد

٣٧٣ — يسقط حق الشفع ، كما يؤخذ من المادة ١٥^(٢) ، اذا لم يرفع

= شفته (البدائع ٥ ص ١٩) .

ولو أخبر بصره نصف الدار فلم ، ثم تبين أنه اشترى الجميع فله الشفعة . ولو أخبر بصره الجميع فلم ، ثم تبين أنه اشترى النصف ، فالسليم جائز ولا شفعة . هذا هو الرواية المشهورة . وقد روى الجواب فيها على العكس ، وهو أن التسليم فى النصف يكون تسليما فى الكل والتسليم فى الكل لا يكون تسليما فى النصف .

وجه هذه الرواية أن تسليم النصف لمبزه عن الثمن ، ومن يحجز عن القليل كان عن الكثير أجز . فأما العجز عن الكثير فلا يدل على العجز عن القليل .

وجه الرواية المشهورة أن التسليم فى النصف للاحتراز عن الضرر ، وهو ضرر الشركة ، وهذا لا يوجد فى الكل ، فاختلف الغرض ، فلم يصح التسليم ، فبقى على شفته ، واذا صح تسليم الكل فقد سلم البعض ضرورة ، لأنه داخل فى الكل ، فصار بتسليم الكل مسلما للنصف ، لأن العركة عيب ، فكان التسليم بدون العيب تسليما مع العيب من طريق الأولى (البدائع ٥ ص ٢٠) .

ولو أخبر أن للمشتري زيد فلم ، ثم تبين أنه عمرو ، فهو على شفته ، لأن التسليم للأمن عن الضرر ، والأمن عن ضرر زيد لا يدل على الأمن من ضرر عمرو ، لتفاوت الناس فى الجوار . ولو أخبر أن للمشتري زيد فلم ، ثم تبين أنه زيد وعمرو ، كان له أن يأخذ نصيب عمرو لأنه سلم نصيب زيد لا نصيب عمرو ، فبقى له الشفعة فى نصيبه (البدائع ٥ ص ٢٠) .

(١) ما تقدم نبتة ٣٠٧ .

مخطوط ٢٦ نوفمبر ١٩٠٠ (دائرة بطرس يوسف بك) الاستغلال ٢ رقم ٣٣ ص ٤٠ .

استئناف مخطوط ٦ ابريل ١٩٠٤ (١٦ ص ١٨٢) .

وقد حكم بأنه اذا كان الدفع متعلقا بسقوط الحق بغوات موعد معين ، كالدفع بغوات الموعد القانونى على علم الشفع بالبيع ، فلا يمكن الأخذ به بمجرد اقامة الدليل على امكان أو ترجيح العلم بالبيع ، وإنما يجب استخلاص هذا العلم بطريقة ايجابية ومباشرة من واقعة معينة يمكن تعيين تاريخها .

استئناف مخطوط ٧ ديسمبر ١٩٢٦ المحاماة ٨ رقم ١٧٩ ص ٢٣٥ الجدول المعرفى الأول للمحاماة رقم ١٠٣٥ .

(٢) راجع ما تقدم نبتة ٣١٤ و ٣٣٠ .

السوى في ميعاد الثلاثين يوما من تاريخ اعلان الرغبة ^(١).

رابعا - مضى ستة أشهر من تسجيل البيع

٣٧٤ - نصت المادة ٢٢ على أنه :

« Dans tous les cas, le droit de préemption est prescrit contre tous préempteurs à l'expiration du délai de six mois, à partir du jour de la transcription de l'acte de vente.

Cette prescription court même contre les incapables et les absents ».

« يسقط الحق في الشفعة في سائر الأحوال بعد مضى ستة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع ، وذلك بالنسبة لكافة الشفعاء ، ولو كان الشفيع غير أهل للتصرف أو غائبا » ^(٢).

والنص القرني للمادة معيب ، حيث استعمل لفظة prescrit ، ولفظة prescription ، وقال في أول المادة Le droit de préemption est prescrit ، وفي آخرها Cette prescription court même contre les incapables ، والصواب استعمال لفظة déchéance ، وهي التي تسرى ضد كل الناس ، حتى الغائبين ومن كان غير أهل للتصرف ، بخلاف لفظة prescription ^(٣).

وللمشتري المشفوع ضده أن يتمسك بسقوط الحق في هذه الحالة متى أثبت قسط أن عقد يمه قد تسجل ، وأنه مضى ستة أشهر من يوم التسجيل ، من غير أن يستعمل الشفيع حقه ، ولا يطلب منه أن يثبت علم الشفيع بالبيع أو غير ذلك ، لأن القانون فرض هنا علم الشفيع بحصول التسجيل بمضى مدة الستة شهور المذكورة .

هذا مايقضى به قانون الشفعة ، أما القانون للدنى فلم يكن ينص على ذلك ،

(١) دى مجلس نبة ١٤١ - استئناف مخطوط ١٢ ابريل ١٩٠٦ (١٨ ص ١٩٦) ، ٦ فبراير ١٩٠٢ (١٤ ص ١٢٠) .

(٢) استئناف مخطوط ٢٥ مايو ١٩٠٥ (١٧ ص ٢٩٩) .

(٣) راجع دى مجلس نبة ١٤٤ .

بل كان الشفيع بمقتضاه أن يطالب بحق الشفعة في أى وقت مهما مضى من الوقت بعد التسجيل ، ما لم يثبت علم الشفيع ، ولا تخفى المضار التي كانت تعود على المشتري من ترك حقه في الشيء المشتري غير ثابت مدة طويلة غير محدودة .

وقد انتقد بعض الشراح تحديد ميعاد الستة الشهور وعده أكبر عائق لاستعمال حق الشفعة ، فالمشتري يستطيع أن يتقى الشفعة بتسجيل عقده في الحال وتأخير وضع يده أو محاشاة اظهاره مدة ستة أشهر ، فاذا لم يعن الشخص الذي له أن يشفع بالرجوع من وقت لآخر الى دفاتر التسجيل فانه يفقد حق شفعته (١) .

٣٧٥ — وميعاد الستة الشهور يجب أن يحسب ، كمواعيد مضى المدة للملك والمبرىء في المواد العقارية ، بحسب التقويم الهجرى (٢) .

وتحتسب للمواعيد المينة بالشهور من الميعاد للميعاد ، أى رقم اليوم من الشهر . واذا لم ينص القانون على احتساب للمواعيد بالساعة وجب الرجوع لأحكام القانون العام ، واحتساب مبدأ سريان الميعاد من أول يوم كامل ، أى من اليوم التالى . وقد حكمت محكمة الاستئناف الأهلية ، بناء على ذلك ، بأن دعوى الشفعة المرفوعة في ٣ رمضان جائزة ، ولو تسجل العقد في ٢ ربيع الأول (٣) .

٣٧٦ — وقد نص القانون في الحالة الأخيرة على أن سقوط الحق يكون بالنسبة لجميع الشفعاء حتى الغائب ومن كان غير أهل للتصرف (٤) .

(١) هاتون ص ١٧٨ .

(٢) استئناف مخطط ٢٢ مارس ١٩٢١ (٣٣ ص ٢٢٣) ، ١٨ نوفمبر ١٩٢٤ (٣٧ ص ١٦) المحاماة ٥ رقم ٢٤٦ ص ٢٨٨ ، الجدول المسمى الأول للبطاقة رقم ١٠٣٣ . راجع كتابنا « الأموال » بقية ٨٥٢ .

(٣) استئناف ٨ فبراير ١٩٢٨ (دائرة حين درويش باشا وميسو سودان ومصطفى محمد بك) المحاماة ٨ رقم ٥٢٢ ص ٨٧٠ مجموعة ناصر ٤٧٢٥ .

(٤) استئناف مخطط ٣ يناير ١٩٢٨ (٤٠ ص ١١٦) .

وحكم بأنه وإن كانت المادة ٢٢ من قانون الشفعة مطلقة التعبير وعامة فإن هنا لا يمنع من إقامة دفع تستتبع بداهة من المادة وتكون نتيجة منطقية لمنطوقها ومعناها . وعليه يلف =

٣٧٧ — وانه وان كان القانون لم يأت بنص يشبه ذلك في الحالتين السابقتين ، أى حالة سقوط الحق لعدم رفع الدعوى في ميعاد ثلاثين يوما من تاريخ الاعلان ، وفي حالة عدم اظهار الرغبة في الأخذ بالشفعة في ظرف خمسة عشر يوما من وقت العلم بالبيع أو من وقت التكليف بإبداء الرغبة ، فان سقوط الحق يكون بالنسبة للجميع أيضا ، ولا يقفه كون الشفيع غير أهل للتصرف أو غائبا^(١) .

خامسا — بطلان البيع

٣٧٨ — تبطل الشفعة ببطلان البيع الذى ترتبت عليه ، كما اذا اتضح أن البائع لم يكن مالكا لما باع .

سادسا — مضي المدة الطويلة

٣٧٩ — اذا مضى ١٥ سنة من تاريخ البيع ، ولم تحصل الشفعة ، فانها تسقط بناء على القواعد العامة .

سابعا — زوال أحد شروط الشفعة

٣٨٠ — اذا زال أحد الشروط اللازمة للأخذ بالشفعة ، كما اذا باع الشفيع عقاره قبل طلب الشفعة ، فليس له أن يشفع بعد ذلك^(٢) ، وهذا هو حكم

== مفعول المدة عن السريان في الشفعة أثناء سير قضية يطالب بها الجار برد الأرض من المشتري باعتبار أن مضي المدة في هذه الحالة مرتبط بحق الملكية ونفس حق الملكية موقوف لتعلقه بما يقضى به الحكم المنتظر (استئناف مخطط ١٨ فبراير ١٩٠٤ (١٦ ص ١٣٨) الاستقلال ٣ رقم ٤٥٧ ص ٣٣٣) . أى أنه اذا كان موضوع الشفعة متنازعا فيه بين الشفيع والشفوع منه فان استعمال حق الشفعة يبقى معلقا أثناء الدعوى (استئناف مخطط ٣١ مايو ١٩٠٦ (١٨ ص ٣١١) .

(١) راجع دى هلتن نبذة ١٤٧ — فورجير ص ٣٢٧ .

(٢) استئناف مخطط ١٨ مايو ١٩٠٧ (١٧ ص ٣١٦) .

بندر طنطا الجزئية ٢٥ فبراير ١٩٢٥ (القاضي محمود صادق) المحاماة ٥ رقم ٥١٥ ص ٦٢٩ الجدول المصرى الأول للمحاماة رقم ١٠٤١ مجموعة ناصر ٤٦٧٨ : الشفعة هي ملك العقار جبرا على المشتري ، وسيبها اتصال ملك الشفيع بالعقار اتصال شركة أو جوار ، ويجب أن يستمر هذا الاتصال من تاريخ البيع الى تاريخ الأخذ بالتراضى أو الى تاريخ قضاء القاضي ، فاذا تصرف الشفيع في ملكه قبل القضاء له بالشفعة سقط حقه فيها .

الشريعة أيضا^(١)، أو اذا جعله وقفا^(٢)، أو مسجدا^(٣)، أو كما اذا زالت صفة الجار عن الشفيع بأن منع الالتصاق بإنشاء طريق عمومي بين عقاره والأرض التي يرغب أخذها بالشفعة^(٤)، إلخ.

٣٨١ - **جواز الرفع بسقوط الحق في الشفعة في أية مائة** - قد حكم بأن قواعد السقوط في الشفعة قررهما القانون، والحق ذاته مستمد منه، ولذا أحاط المشرع استعماله بقيود كثيرة، ونص على وجوب عمل الاجراءات في مواعيد قصيرة بينها والاسقط الحق فيها. فهو حق استثنائي مقيد لحرية التعاقد وحق الملكية، فاذا اقتصت المواعيد زال الحق المطلق عليها وأصبح لا وجود له، كما نص بالمادتين ١٥ و ١٩، وينبني على ذلك أن للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها، وفي أية حالة كانت عليها الدعوى، وحتى لو تنازل عنها صراحة صاحب الحق في التمسك بها. ومن باب أولى فالرفع بالسقوط متأخرا لا يسقط الحق فيه^(٥).

هل تسقط الشفعة بموت المشتري أو البائع

٣٨٢ - **في القانون لا تسقط. وكذلك الحكم في الشريعة الاسلامية^(٦).**

وقد جاء في الفتاوى الهندية^(٧) : واذا مات البائع والمشتري، والشفيع حي، فلا شفيع الشفعة، كذا في فتاوى قاضيخان. واذا مات المشتري، والشفيع

(١) الزيلعي ٥ ص ٢٥٨ .

السادة ١٤١ من مرشد الحيران : اذا باع الشفيع العقار للشفوع به أو وقفه أو جعله مسجدا قبل تملك العقار المشفوع بطلت شفيعته .

(٢) استئناف مختلط ١٨ مايو ١٩٠٧ التقدم .

(٣) قانون الشفعة المادة ٦ .

(٤) فورجير ص ٣٣٣ .

(٥) أسبيوط الاجنبية ٢٢ ديسمبر ١٩٣٠ (دائرة القضاء أحمد حسني وحسن محمد سعودي ومصطفى عبد ربه) المحاماة ١١ رقم ٤٤١ ص ٨٥٧ مجموعة ناصر ٤٧٧٢ .

(٦) مرشد الحيران المادة ١٣٩ - الزيلعي ٥ ص ٢٥٧ - ٢٥٨ .

(٧) ٥ ص ١٩٨ - ١٩٩ .

حى ، فلشفيع الشفعة ، وان كان على الميت دين لا تباع الدار فى دينه ، وأخذها الشفيع بالشفعة ، وان تعلق بالدار حق الضريم والشفيع . كذا فى المحيط . فان باعها القاضى أو الوصى فى دين الميت فلشفيع أن يبطل البيع ويأخذها بالشفعة ، كما لو باعها للمشتري فى حياته . وكذلك لو أوصى فيها بوصية أخذها الشفيع وبطلت الوصية . كذا فى المبسوط . أثبت الشفعة بطلين ومات فليس للوارث أخذها بالشفعة . كذا فى السراجية .

هل تسقط الشفعة بموت الشفيع فى الشريعة الاسلامية

٣٨٣ — رأى أبى حنيفة — اذا مات الشفيع قبل تملكه العقار المشفوع بالتراضى أو قضاء القاضى تبطل الشفعة بموته ، سواء كان موته قبل الطلب أو بعده ، ولا ينتقل حقه فيها الى ورثته ^(١) . وسبب ذلك أن حق الشفعة ليس بمال ، بل هو مجرد ارادة ومشئئة ، ولأن ملك الشفيع الذى هو سبب الأخذ قد بطل بموته ، وشرط الأخذ بقاء سبب الشفعة من حين البيع الى زمن الأخذ بالتراضى أو الحكم بقضاء القاضى ، وملك الورثة حادث بعد البيع ، فلم يوجد السبب وقت حصول البيع ، ولهذا لا يجوز للشفيع أخذ عوض عنه ، فلو باع حقه فى الشفعة بطل حقه لوجود الاعراض ولزم رد العوض ^(٢) .

(١) مرشد الحيران المادّة ١٤٠ — الزيلعى ٥ ص ٢٥٧ .

(٢) شرح مرشد الحيران ص ١٢١ — بداية المجتهد ٢ ص ٢٤٨ .

قال الامام الأسيباني فى شرح الطحاوى ان دارا بيعت ولها شفيع ، وطلب الشفعة . فأثبتها بطلين ، ثم مات قبل الأخذ بالقضاء أو تسليم المشتري اليه ، فأراد ورثته أخذها ، فليس لهم ذلك . ولو كان الشفيع ملكها بالقضاء أو تسليم المشتري اليه ، ثم مات ، تكون ميراثا لورثته (حاشية الشلي على الزيلعى ٥ ص ٢٥٧ — ٢٥٨) .

راجع فتوى شرعية (من شيخ الجامع وفق الديار المصرية الشيخ حسونة النواوى) ١٩ رجب ١٣١٦ الحاماة ٦ رقم ٢١٨ ص ٢٩٠ الجدول المصغرى الأول للحمادة رقم ٩٨٨ . وقد جاء فيها أن المصريح به فى كتب المذهب أن حق الشفعة من الحقوق التى لا تورث . فاذا مات الشفيع قبل القضاء له بالشفعة سقط حق الشفعة بموته .

٣٨٤ — رأى الشافعى ومالك — لا يبطل الحق فى الشفعة بموت الشفيع ، بل يورث عنه ، ويقوم وراثته مقامه ، لأن حقه معتبر شرعا ، مثل حق الرد بخيار العيب ، ومثل حق القصاص ^(١) .

٣٨٥ — رأى الحنابلة — اذا مات الشفيع قبل الأخذ بالشفعة لم يخل من حالين : أحدهما أن يموت قبل الطلب بها ، فتسقط ولا تنتقل الى الورثة . وروى ذلك عن الحسن وابن سيرين والشعبى والنخعى ، وبه قال الثورى واسحاق وأصحاب الرأى . وقال مالك والشافعى والعنبرى يورث . الحال الثانى اذا طالب بالشفعة ، ثم مات ، فان حق الشفعة ينتقل الى الورثة ، لأن الحق يتقرر بالطلب ، ولذلك لا يسقط تأخير الأخذ بعده ، وقبله يسقط ^(٢) .

فى القانون

٣٨٦ — اختلف فى الرأى — لا يوجد نص عن ذلك فى قانون الشفعة . وقد اختلفت أحكام المحاكم وأقوال الشراح فى جواز توارث حق

(١) الزيلعى ٥ ص ٢٥٧ — بداية المجتهد ٢ ص ٢٤٨ — شرح مرشد الحيران ص ١٢٢ .

وقد جاء فى المفتى (١ ص ٣٨٧) : وان مات الشفيع قبل الفو والأخذ انتقل حقه من الشفعة الى وراثته ، لأنه قبض استحققه بقصد البيع ، فانتقل الى الورثة كقبض المشتري فى البيع ، ولأنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال ، فورث كالرد بالعيب .

ورد على رأى الشافعى بأن حق الشفعة مجرد حق ، وهو حق التملك ، وانه مجرد رأى وهو صفته ، فلا يورث عنه ، بخلاف القصاص ، لأن من عليه القصاص صار كالمملوك لمن له القصاص ، ولهذا جاز أخذ العوض عنه ، وملك الدين يبق بعد الموت ، فأمكن ارثه ، بخلاف الشفعة ، لأنها مجرد حق ، اذ هى مجرد الرأى والمضيئة ، ولهذا لا يجوز الاعتياض عنها ، وكذا لا يمكن ارثها ، ولأن الشفيع يزول ملكه بالموت عن داره التى يصفع بها ويثبت الملك فيها للوارث بعد البيع ، ويقام ملك الشفيع فى التى يصفع بها من وقت البيع الى الأخذ بالشفعة شرطا ، ولم يوجد فى حق الميت وقت الأخذ ولا فى حق الوارث وقت البيع فبطلت لأنها لا تستحق بالملك الحادث بعد البيع ولا بالملك الزائل وقت الأخذ (الزيلعى ٥ ص ٢٥٨) .

(٢) المذهب ٥ ص ٣٦ — ٥٣٧ .

الشفعة . فقرر بعضها أن الشفعة بطبيعتها حق شخصي ، وتبطل بموت الشفيع قبل تملكه العقار المشفوع بالرضا أو بالقضاء ولا تنتقل الى ورثة الشفيع^(١) .
وقرر بعضها أن حق الشفعة كباقي الحقوق ، يؤول من صاحبه الى الوارث

(١) دمنهور الجزئية (القاضي محمد علام) ١٦ يونيه ١٩٠٦ المجموعة ٧ رقم ١١٧
من ٢٤١ الفهرست المصرية الأولى للمجموعة رقم ٨٥٠ الحقوق ٢١ من ٣٠٤ مجموعة ناصر ١١٤٣ .

الزقاقين الابتدائية ٢٤ ديسمبر ١٩٠٨ (دائرة القضاء حافظ لطفي ومحيي صديق وعزت شكرى) المجموعة ١٣ من ٦٣ . وقد ألغاه حكم الاستئناف الصادر في ٢ يناير ١٩١٢ المجموعة ١٣ رقم ٣٣ من ٦٢ كاسيجي .

أسيوط الابتدائية ٣ فبراير ١٩١٨ (دائرة محمد رشيد بك والقاضي محمد رشدي والقاضي محمد توفيق الطار) للمجموعة ١٩ رقم ١١٣ من ١٦٣ الفهرست المصرية الثانية للمجموعة رقم ٩٦١ الحقوق ٣٤ من ٧٣ مجموعة ناصر ١١٤٦ .

الزقاقين الابتدائية ٢٠ أكتوبر ١٩١٩ (دائرة محمد توفيق أمين بك ومحمد ليب عطية بك والقاضي محمد رشدي) للمجموعة ٢١ رقم ٣٣ من ٥٦ المحاكم ٣١ رقم ١١٢٢ مجموعة ناصر ١١٤٧ .

الاسكندرية الابتدائية ١٣ نوفمبر ١٩٢٦ (دائرة خليل عفت بك والقاضي محمد حمدي السيد والقاضي أحمد نصرت) المحاماة ٧ رقم ٢٤٩ من ٣٦٧ الجدول المصري الأول للمحاماة رقم ٩٩٠ للمجموعة ٢٧ رقم ١٠٧ من ١٧٢ مجموعة ناصر ٤٦٨٠ .

شين الكوم الجزئية ٢٢ نوفمبر ١٩٢٨ (القاضي حسين رياض صبحي) المحاماة ٩ رقم ٣٤٣ من ٥٦٦ الجدول المصري الأول للمحاماة ٩٩١ .
أسيوط الابتدائية استئناف ٧ نوفمبر ١٨٩٩ (دائرة أحمد حلمي بك والقاضي أحمد عبد الرازق والقاضي محمد زكي) المجموعة ١ من ٣٠ الفهرست المصرية الأولى للمجموعة رقم ٨٣٦ مجموعة ناصر ١١٤١ .

استئناف مغلط ١٨ مايو ١٩٠٥ (٢٧ من ٣١٦) ، ١٤ مارس ١٩٠٧ (١٩ من ١٨١) ، ١٩ مارس ١٩٠٨ (٢٠ من ١٣٥) ، ١٨ مايو ١٩٠٥ (١٧ من ٣١٦)
بأنه حكمها على أن ذلك مطابق للعادات المحلية Contume locale ، ١٦ يناير ١٩٢٣ (٣٥ من ١٥٤) ، ١٦ يناير ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٥٩٧ من ٣٨٨ الجدول المصري الأول للمحاماة رقم ٩٨٧ .

فني زغلول باشا من ٨٩ — فورجير من ٣٣٦ — على زكي الرازي باشا بنفة . ١٤٣ .

الذى يكون فى نصيبه القمار للشفوع به ^(١) .

وقد طرح الموضوع على دوائر محكمة الاستئناف بمجتمعة ، قررت فى ٣ مايو ١٩٣٠ ^(٢) أن حق الشفعة لا ينتقل الى الوارث بوفاة الشفيع قبل التملك بالتراضى أو بقضاء القاضى .

٣٨٧ - الرأى الأول - استند الرأى الأول ، الذى يقول بعدم توارث حق الشفعة ، على ما يأتى :

(١) ان الشفعة من أوضاع الشريعة الاسلامية ومن مبتكراتها ، وقد اختار الشارع المصرى العمل بها ، ودجها ضمن أحكام قانونه المدنى ، ولذا وجب الرجوع الى تلك الشريعة فى كل أمر يتعلق بطبيعة هذا الحق وحدوده ، اذا لم يوجد عليه نص فى القانون المدنى ، وحيث ان الشفعة شرعا هى تملك العين المشتراة جبرا عن المشتري مقابل دفع الثمن والمصاريف ، ومن شرائطها ملك

(١) مصر الاجنبائية ١٩ ابريل ١٩٠٢ (دائرة اسكندر عمون بك والقاضى واصف سميكه والقاضى ابراهيم فريد) الحقوق ١٧ رقم ١٤٢ ص ٢٧٨ ، وقد تأيد بالاستئناف ١٦ ديسمبر ١٩٠٢ المحاكم ١٣ رقم ٥١٣ ص ٢٨٦٤ مجموعة ناصر ١١٤٢ .

استئناف ٢ يناير ١٩١٢ (دائرة عبد العزيز كحيل بك وعلى ذو الفقار بك ومستمر مارشال) المجموعة ١٣ رقم ٣٣ ص ٦٢ الفهرست المصرية الثانية للمجموعة رقم ٩٦٤ .

مأمورية الدر ٦ مايو ١٩٢٦ (القاضى محمود طلعت) المحاماة ٧ رقم ٣٥ ص ٥٩ الجدول المصرى الأول للمحاماة رقم ٩٩٠ .

ذعى بك « فى الأموال » نبذة ٤٦١ : بما أنها حق مدنى محكوم بالأصول العامة للقانون للسنون ، وذلك برغم أن الشفعة من الحقوق المقنونة .

(٢) استئناف مصر ، دوائر مجتمعة ٣ مايو ١٩٣٠ (برئاسة وكيل المحكمة كامل ابراهيم بك وحضور السيد محمد عبد الهادى الجندي بك ومحمد فريد الشافى بك ومصطفى محمد بك وعبد العظيم راشد باشا ومحمد فهمى حسين بك وأحمد نظيف بك ومحمود المرجوشى بك وعبد الباقي زكى القشيري بك وعلام محمد بك ومصطفى حنفى بك ومحمود على سرور بك وعلى حيدر حجازى بك وأحمد مختار بك ومحمد نور بك وسليمان السيد سليمان بك وعلى زكى الراى بك) المجموعة ٣١ رقم ٦١ ص ١٧٢ ، المحاماة ١٠ رقم ٤٢٦ ص ٨٤٣ ، الجدول المصرى الأول للمحاماة رقم ٩٩٢ ، الجريدة القضائية ٢٧ ص ٢٤ ، مجموعة ناصر ٤٦٨١ .

الشفيع وقت الشراء في العين التي يأخذ بها بالشفعة ، فيتج من هذا التعريف ومن هذا الشرط أنه اذا مات الشفيع بطل حقه في الشفعة ولا يتقل لورثته ، وذلك من وجبين : أما الوجه الأول فلأن الثابت للشفيع هو مجرد حق التملك لا حق الملك ، فله الخيار بين الأخذ والترك ، فكان حقه عرضا والحقوق العرضية لا يصح التعاوض عنها بمال ، وما كان ليس محلا للتعاوض لا يكون محلا للتوارث ، وينبني على ذلك انه اذا باع الشفيع حقه في الشفعة من المشتري بثلثين فلا يتمد البيع ويتم ذلك تنازلا عن الشفعة ويسقط الثلثين ، أما الوجه الثاني فهو بقاء ملك الشفيع للعين التي يشفع بها من وقت الشراء الى حين القضاء بالشفعة ، فاذا باع الشفيع الدار التي يشفع بها قبل القضاء له بالشفعة فليس للمشتري الذي يحمل محله أن يطالب بالشفعة ، لأن ملكه جاء بعد البيع الذي انبى عليه حق الشفعة ، لأن شرط الشفعة قيام ملك الشفيع وقت الشراء ، وكذلك الوارث فان ملك الدار التي شفع بها مورثه انتقل اليه حين الوفاة ، فملكه حادث بعد البيع ^(١) .

(٢) قد يمكن الاعتراض بما جاء في المادتين ١٩ و ٢٢ من قانون الشفعة من أن حق الشفعة يسقط بالتنازل الصريح أو الضمني أو بعدم اظهار رغبة الشفيع في الأخذ بالشفعة في ظرف خمسة عشر يوما من تاريخ علمه وبمضى ستة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع ، فلا يصح الخروج عن هذه الأحوال الثلاثة في سقوط حق الشفعة ، بما أن القانون بينها على سبيل الحصر . ولكن هذا الاعتراض مردود ، لما هو ظاهر من عبارة القانون من أن هذا السقوط مقصود به سقوط الحق قبل اثباته بالطلب للتنازل عنه صراحة أو دلالة أو لإهمال صاحبه في اظهار رغبته في المدة المقررة ^(٢) .

(٣) ان ما ذهب اليه احدى المحاكم من أن حق الشفعة كسائر الحقوق

(١) راجع أسيوط الابتدائية ٧ نوفمبر ١٨٩٩ التقدم .

الزقاق الابتدائية ٣٠ أكتوبر ١٩١٩ التقدم .

(٢) الزقاق الابتدائية ٣٠ أكتوبر ١٩١٩ التقدم .

مذهب غير وحيه ، لأنه ليس مضافا الى سند من القانون ، لأن الحقوق اما طبيعية كحق الانسان في الحياة والحرية ، وهذه معلومة بالطبيعة في كل زمان ومكان ، واما وضعية ، وهذه منشؤها القانون ، فاذا قضت الشريعة الاسلامية ، التي يجب اتباع أحكامها ، في هذه المسألة بأن حق الشفعة حق ذو صفة خاصة وطبيعة خاصة فلا حق للقاضي أن يغير من هذه الصفة وتلك الطبيعة والا يكون قد وضع نفسه موضع الشارع ، وقرر حقا لم يقره الشارع ، وهذا محظور عليه ^(١) .

٣٨٨ - الرأى الثانى - استند الرأى الثانى - الذى يقرر أن الشفعة

كباقي الحقوق تؤول من صاحبها الى الوارث الذى يكون في نصيبه العقار المشفوع به - على ما يأتى :

(١) انه وان يكن أصل حق الشفعة موجودا في الشريعة الفراء فان القانون الأهلى لم يأخذها بكامل أحكامها الشرعية ، بل خالف تلك الأحكام في أكثر المسائل ، وسكت عن مسألة انتقال حق الشفعة بالارث ، وبما أن القانون لم يذكر أية عبارة تميز الرجوع الى أحكام الشريعة فيما سكت عنه من مسائل الشفعة فلا بد من الرجوع الى ما قرر هو الرجوع اليه عند عدم وجود نص فيه ، وهو المبادئ العامة المقررة في القانون أو مبادئ العدل والانصاف ، وبما أن مبادئ القانون تقضى بحلول الورثة محل مورثهم (المادة ١٩٩ مرافعات) ، خصوصا اذا كان المورث طالب بالشفعة قبل وفاته ولم يحكم له بهذا الحق في حياته لمنازعة المشتري له في ذلك ، فالورثة لهم الحق في أن يحلوا محله ويستفيدوا من كل حقوقه ^(٢) .

(٢) انه بالرجوع الى ما قرره علماء الشريعة الاسلامية في هذه الحالة

(١) الزقاقى الاجنبية ١٣٠ أكتوبر ١٩١٩ التقدم .

(٢) مصر الابتدائية ١٩ ابريل ١٩٠٢ التقدم .

استئناف ٢ يناير ١٩١٢ التقدم المجموعة ١٣ رقم ٣٣ ص ٦٢ . وقد ألى هذا الحكم حكم محكمة الزقاقى الابتدائية (دائرة القضاة حافظ لطفى وبجي صديق وعزت شكرى) ٢٤ ديسمبر ١٩٠٨ المجموعة ١٣ ص ٦٣ .

نجد أن المسألة خلافية بينهم . قد قرر الامام الشافعي والامام مالك في مذهبيهما أنه لا يبطل الحق في الشفعة بموت الشفع ، بل تورث عنه ويقوم ورثته مقامه . وجاء في مذهب الحنفية تفصيل : فاذا مات الشفع بعد طلبي الواثبة والاشهاد وقبل أن يقدم طلب الخصومة فلا يورث عنه حق الشفعة ، وليس لورثته أن يقوموا مقامه فيها ، وأما اذا مات بعد طلب الخصومة قد سكتوا عن هذه الحالة . ولكن روح التشريع وحكمة التقسيم الذي قال به علماء الحنفية ، ومن عدم تقريرهم حكم المنع والحرمان في هذه الحالة ، يحمل على الاعتقاد بأنه اذا مات الشفع بعد طلب الخصومة وقبل قضاء القاضى ينتقل حق الشفعة الى ورثته ^(١) .

٣٨٩ - رأى دوائر محكمة الاستئناف مجمعة - قررت دوائر محكمة الاستئناف مجمعة ، كما تقدم ، أن حق الشفع ينتقل إلى الوارث . وبنت حكمها على ما يأتي :

« وحيث ان المسألة المطلوب الفصل فيها هي ما اذا كان حق الشفعة يبطل بموت الشفع قبل تملكه العين المشفوعة بالقضاء أو بالرضاء ، أو أن هذا الحق ينتقل بعده لوارثه .

« وحيث ان قانون الشفعة لم ينص على هذه الحالة ، ولما كان الشارع قد أخذ حق الشفعة عن الشريعة الاسلامية وجب الرجوع اليها لمعرفة طبيعة هذا الحق .

« وحيث ان الفقهاء قد عرفوا الشفعة بأنها حق تملك المقار المبيع أو بعضه ولو جبرا على المشتري بما قام عليه من الثمن والمؤن ^(٢) .

« وحيث ان هذا الحق هو بطبيعته حق استثنائي ، لأنه قيد على حرية التعاقد ، وهو نوع من نزع الملكية لمنفعة خصوصية ، ولذلك يضع الفقهاء دائما

(١) مأمورية البر القضاية ٦ مايو ١٩٢٦ التقدم — قارن استئناف ١٥ مارس ١٨٩٤ الحقوق ٩ ص ٦١ .

(٢) راجع ما تقدم بنية ٣ .

باب الشفعة عقب باب النصب ، ويذكرون وجه الشبه بينهما أن في كل منهما تملك مال الغير بغير رضائه ^(١) ، وقد عمدوا الى تخفيف وطأته بالتشدد في شروطه والتوسع في مسقطاته ، فأقنوا جميعا بأن الشفعين بمجرد علمه بالبيع يجب عليه أن يعلن فوراً رغبته في الأخذ بالشفعة ويشهد على رغبته هذه ^(٢) .

وحيث ان الفقهاء لا يعتبرون حق الشفعين قبل تملكه العين للشفوعة نهائياً بالقضاء أو الرضا حقاً تاماً ، بل يصفونه بأنه حق ضعيف ، لأنه عبارة عن مجرد حق طلب التملك ، فهو مجرد رأى ومشية ، أو بعبارة علماء القانون *simple faculté* ، وقرروا بناء على ذلك أنه لا يمكن أن يستعاض عنه ولا أن يورث ، فهو حق لاحق بشخص الشفعين لا يمكن أن ينتقل منه لغيره .

« وحيث انه من جهة أخرى فانه من شروط هذا الحق في الشريعة أن يكون الشفعين مالكا لما يشفع به من وقت البيع الى وقت الأخذ بالشفعة ، فاذا زال ملكه بطلت شفيعته بزوال سببها ، ولا تنتقل لمن آل اليه الملك ، لأن ملكه يكون حادثاً بعد البيع ، وهو يجب أن يكون مالكا وقته ، وبناء على ذلك اذا مات الشفعين بطلت شفيعته ولم تنتقل لوارثه ، لأن الوارث انما يملك بالميراث من وقت الوفاة ، وهي حادثة بعد البيع .

« وحيث ان هذه المبادئ التي قررتها الشريعة لم يأت قانون الشفعة بما يخالفها ، فوجب العمل بها .

« وحيث انه وان كان الشافعي ومالك يقولان بالارث في الشفعة الا أن مذهب الامام أبي حنيفة هو المذهب المعمول به في مصر من زمن طويل ، وقد أخذ به الشارع في مسائل الأحوال الشخصية والوقف ، فنص في المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على أنه يجب أن تكون الأحكام بأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة وبأحكام تلك اللائحة . ونص في المادة ٣٢٧ على

(١) ما تقدم بنية ٤ .

(٢) ما تقدم بنية ٢٥٠ وما بعدها .

أنه يقبل الطعن بطريق الالتباس في الحكم إذا لم يصادف قولاً في هذا المذهب ، وعند ما أراد الشارع اقتباس بعض أحكام من مذاهب أخرى اضطر لعمل تشريع جديد ، كما فعل بالمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص بالطلاق والنفقة والعدة وغيرها . فيجب اعتبار أن مذهب أبي حنيفة هو المرجع الأصلي في نظر الشارع لأحكام الشريعة . والواقع أنه أخذ عنه أحكام الشفعة في مجموعها ، حيث خول حق الشفعة للجار وللشريك مطلقاً طبقاً لهذا المذهب ، خلافاً للمذهبي الشافعي ومالك اللذين لا يخولانه إلا للشريك ، وقطع في حالة ما إذا كان العقار يقبل القسمة ^(١) .

« وحيث أنه لا محل للارتكان على المادة ٢٩٩ من قانون المرافعات لقول بأنه إذا مات أحد الخصوم أثناء سير الدعوى حلت ورثته محله في جميع الأحوال ، لأن قانون المرافعات لم يوضع لتقرير الحقوق ، بل لطريقة المطالبة بها ، فهو قانون إجراءات لا قانون موضوع ، وغرض المادة ٢٩٩ منه أن الوارث يحل محل المورث في الدعوى إذا كان الحق في موضوع الدعوى قد انتقل إليه .
 « فل هذه الأسباب حكمت دوائر المحكمة بمجموعة بأن لا ينتقل حق الشفعة إلى الوارث بوفاء الشفع قبل التملك بالتراضي أو بقضاء القاضى . . » .

ما يترتب على حق الشفعة

٣٩٠ — لا يثبت الملك للشفيع في المبيع الا بقضاء القاضى أو بأخذه من المشتري بالتراضي ^(٢) . فالتملك بالشفعة يكون بأحد طريقتين : اما بتسليم المشتري ، واما بقضاء القاضى . وهذا الحكم واحد في الشريعة الاسلامية وفي القانون ، ولكن بالتفصيل الآتى .

في الشريعة الاسلامية

٣٩١ — التملك بالرضا — التملك بتسليم المشتري ظاهراً ، لأن

(١) راجع ما تقدم بنقطة ١٦ وما بعدها .

(٢) مرشد الحيران المادة ١٢٥ — المجلة للمادة ١٠٣٦ .

الأخذ بتسليم المشتري برضاه يبدل يبدله الشفيع وهو الثمن يفسر الشراء والشراء تملك^(١).

٣٩٢ - التملك بانقضاء - المبيع لا يخلو : (١) اما أن يكون في يد البائع ، (ب) واما أن يكون في يد المشتري .

٣٩٣ - (١) المبيع في يد البائع - ذكر الكرخي أن القاضى اذا قضى بالشفعة ينتقض البيع الذى كان بين البائع وبين المشتري في المشهور من قولهم .

وروى عن أبي يوسف أنه لا ينتقض . واختلف المشايخ فيه . قال بعضهم البيع لا ينتقض ، بل تتحول الصفقة الى الشفيع . وقال بعضهم ينتقض البيع الذى جرى بين البائع والمشتري ، وينعقد للشفيع بيع آخر ، كأنه كان من البائع إيجابان ، أحدهما مع المشتري والآخر مع الشفيع ، فاذا قضى القاضى بالشفعة فقد قبل الشفيع الإيجاب الذى أضيف اليه ، وانتقض ما أضيف الى المشتري ، سواء قبل للمشتري الإيجاب للمضاف اليه أو لم يقبل .

ووجه قول من قال بالتحويل ، لا بالانتقاض ، أن البيع لو انتقض لتعذر الأخذ بالشفعة ، لأنه من شرائط وجوب الشفعة ، فاذا انتقض لم تجب ، فتعذر الأخذ .

ووجه قول من قال انه ينتقض نص محمد والمقول والأحكام :

أما نص محمد فقد قال محمد انتقض البيع فيما بين البائع والمشتري ، وهذا نص في الباب .

وأما المقول فن وجهين : أحدهما أن القاضى اذا قضى بالشفعة قبل القبض فقد عجز المشتري عن قبض المبيع ، والعجز عن قبض المبيع يوجب بطلان البيع خلوه من الفائدة ، كما اذا هلك المبيع قبل القبض ، والثانى أن الملك قبل الأخذ

بالشفعة للمشتري لوجود آثار الملك في حقه ، ولو تحول الملك الى الشفيع لم يثبت الملك للمشتري .

وأما الأحكام فان للشفيع أن يرد الدار على من أخذها منه بخيار الرؤية ، وإذا رد عليه لا يعود شراء المشتري ، ولو تحولت الصفقة الى الشفيع لعاد شراء المشتري ، لأن التحول كان لضرورة مراعاة حق الشفيع ، ولما رد فقد زالت الضرورة ، فينبغي أن يعود الشراء ، ولأنها لو تحولت اليه لصار المشتري وكبلا للشفيع ، لأن عقده يقع له ، ولو كان كذلك لما ثبت للشفيع خيار الرؤية اذا كان المشتري رآها قبل ذلك ورضى بها ، لأن خيار الرؤية يبطل برؤية الوكيل ورضاه . وكذلك لو كان الشراء بثمن مؤجل ، فأراد الشفيع أن يأخذها للحال ، يأخذ بثمن حال ، ولو تحولت الصفقة اليه لأخذها بثمن مؤجل . وكذا لو اشتراها على أن البائع يرى من كل عيب بها عند البيع ، ثم أخذها الشفيع فوجد بها عيبا ، فله أن يردّها على من أخذها منه ، ولو تحولت تلك الصفقة الى الشفيع لما ثبت له حق الرد ، كما لم يثبت للمشتري . فدلّت هذه المسائل على أن شراء المشتري ينتقض ، ويأخذها الشفيع بشراء مبتدأ بعد ايجاب مبتدأ مضاف اليه . وقد خرج الجواب عن قولهم ان البيع لو انتقض لتعذر الأخذ بالشفعة ، لأنه لا يأخذ بذلك العقد لانتقاضه ، بل بعقد مبتدأ مقرر بين البائع وبين الشفيع على ما سبق تقريره ^(١) .

وقد جاء في المادة ١٢٦ من مرشد الخيران : تملك العقار قضاء كان أو رضاء يعتبر شراء جديدا في حق الشفيع ، فله خيار الرؤية والعيب ، وان اشترط المشتري مع بائعه البراءة منهما ^(٢) .

٣٩٤ - (ب) المبيع في يد المشتري — ان كان المبيع في يد المشتري أخذته الشفيع منه ، ودفع الثمن الى المشتري ، والبيع الأول صحيح ، لأن التملك وقع على المشتري ، فيجبل كأنه اشترى منه ^(٣) .

(١) البدائع ٥ ص ٢٣ - ٢٤ .

(٢) راجع أيضا للمادة ١٠٣٧ من المجلة .

(٣) البدائع ٥ ص ٢٤ .

٣٩٥ - بماذا يأخذ الشفيع - اتفقوا على أنه يأخذ في البيع بالثمن ان

كان حالا . واختلفوا اذا كان البيع الى أجل ، هل يأخذه الشفيع بالثمن الى ذلك الأجل ، أو يأخذ المبيع بالثمن حالا ، وستفصل ذلك فيما بعد ^(١) .

والذين رأوا الشفعة في سائر المعاوضات مما ليس يبيع فالعلوم عنهم أنه يأخذ الشفعة بقيمة الشقص ان كان العوض مما ليس يتقدر ، مثل أن يكون معطى في خلع ، وأما أن يكون معطى في شيء يتقدر ، ولم يكن دنائير ولا دراهم ولا بالجملة مكيلا ولا موزونا ، فانه يأخذه بقيمة ذلك الشيء الذي دفع الشقص فيه . وان كان ذلك الشيء محدود القدر بالشرع أخذ ذلك الشقص بذلك القدر ، مثل أن يدفع الشقص في موضحة وجبت عليه أو منقلة فانه يأخذه بدية الموضحة أو المنقلة ^(٢) .

٣٩٦ - لمن يرفع الشفيع الثمن - اذا أخذ الدار من يد البائع يدفع

الثمن الى البائع ، وكانت الهبة عليه . ويسترد المشتري الثمن من البائع ان كان قد قد .

وان أخذها من يد المشتري دفع الثمن الى المشتري ، وكانت الهبة عليه ، لأن الهبة هي حق الرجوع بالثمن عند الاستحقاق ، فيكون على من قبض الثمن ^(٣) .

وروى عن أبي يوسف أن المشتري اذا كان قد الثمن ولم يقبض الدار حتى قضى للشفيع بمحضرها ، أن الشفيع يأخذ الدار من البائع وينقد الثمن للمشتري والهبة على المشتري . وان كان لم ينقد دفع الشفيع الثمن الى البائع والهبة على البائع ، لأنه اذا كان قد الثمن للبائع فالملك لا يقع على البائع أصلا ، لأنه لا ملك له ، ولا بد أيضا لبطالان حق الحبس بنقد الثمن ، بل يقع على المشتري ،

(١) راجع بنية ٤١١ .

(٢) بداية المجتهد ٢ ص ٢٤٥ .

(٣) البائع ٥ ص ٢٤ .

فيكون الثمن له والهبة عليه . وإذا كان لم ينقد فللبائع حق الحبس ، فلا يتمكن الشفيع من قبض المار الا بدفع الثمن الى البائع ، فكانت الهبة على البائع ^(١).

٣٩٧ - ما يملك بالشفعة - الذي يملكه الشفيع بالشفعة هو الذي ملكه المشتري بالشراء ، سواء ملكه أصلاً أو تبعاً بعد أن يكون متصلاً وقت التملك بالشفعة ، وذلك نحو البناء والفرس والزرع والثمر . وهذا استحسان . والقياس أن لا يؤخذ البناء والفرس والزرع والثمر بالشفعة .

وجه القياس أن الشفيع انما يملك ما يثبت له فيه حق الشفعة ، وأنه يثبت في العقار لا في المنقول ، وهذه الأشياء منقولة فلم يثبت فيها الحق ، فلا تملك بالشفعة ، وخاصة الزرع والثمر ، لأنهما مبيعان ومقصودان لا يدخلان في المقدم من غير تسمية ، فلم يثبت الحق فيهما لا أصلاً ولا تبعاً .

ووجه الاستحسان أن الحق اذا ثبت في العقار يثبت فيما هو تبع له ، لأن حكم التبع حكم الأصل ، وهذه الأشياء تابعة للعقار حالة الاتصال . أما البناء والفرس فظاهران ، لأن قيامهما بالأرض ، وكذلك الزرع والثمر ، لأن قيام الزرع وقيام الثمر بالشجر ، وقيام الشجر بالأرض ، فكان تبعاً للأرض بواسطة الشجر ، فثبت الحق فيهما تبعاً ، فيملكهما بالشفعة بطريق التبعية ، الا أنهما لا يدخلان في العقد الا بالتسمية مع وجود التبعية حقيقة بالنص ^(٢) .

في قانون الشفعة

٣٩٨ - لا يثبت الملك للشفيع في المبيع الا بقضاء القاضي أو بأخذه من المشتري بالتراضي كما تقدم ^(٣) .

ويترتب على الشفعة حلول الشفيع محل المشتري ، كما نصت على ذلك

(١) البائع ص ٢٤ .

(٢) راجع البائع ص ٢٨ وما بعدها .

(٣) استئناف مخطط ١٥ مارس ١٩٠١ (١٨ ص ١٥٤) ، ١٥ نوفمبر ١٩٠٦

(١٩ ص ٩) ، ١٥ مارس ١٩٠٦ (١٨ ص ١٥٤) ، ٢٠ ديسمبر ١٩٠٦ (١٩

ص ٤٢) ، ٧ مارس ١٩٠٧ (١٩ ص ١٦٩) .

الفقرة الأولى من المادة ١٣ ، حيث جاء فيها :

« Le préempteur est subrogé vis-à-vis du vendeur dans tous les droits ainsi que dans toutes les obligations de l'acquéreur.

Il ne peut, toutefois, bénéficier des termes de paiement accordés à l'acquéreur, si le vendeur n'y consent ».

« يحل الشفيع بالنسبة للبائع محل المشفوع منه في كافة ما كان له وعليه من الحقوق . على أن المشتري اذا استحصل على تأجيل الثمن لا يتتفع الشفيع من هذا التأجيل الا برضاء البائع » .

أى أنه متى قضى للشفيع بأخذ العقار المشفوع يزول كل ارتباط قانوني بين البائع والمشتري ، ويحل الشفيع محل المشتري لدى البائع ، ويعتبر البيع كأنه حصل للشفيع من البائع ^(١) ، فيصبح الشفيع الخلف المباشر للبائع . ولم تعرض المادة ١٣ لتحديد علاقة الشفيع بالمشتري ، وسنحددها فيما يلي ^(٢) .

٣٩٩ — ويحل الشفيع محل المشتري من يوم الحكم أو التراضى ، كما سيبحث ^(٣) .

٤٠٠ — وحلول الشفيع محل المشتري في حقوقه لا يخول الشفيع مركزاً

(١) استئناف مخطوط ١١ ابريل ١٩١٧ (٢٩ ص ٣٧٢) ، ٢٢ مايو ١٩٠٢ (١٤ ص ٣١٢) .

فليس لمشتري العقار — الذى زالت عنه ملكيته باستعمال حق الشفعة والذى أصبح في مامن من أية مفاجأة من قبل الشفيع — أى رجوع على البائع (استئناف مخطوط ٢٠ ابريل ١٩٢٠ (٣٢ ص ٢٨٢) .

وليس للشفيع الذى قبل طلبه أن يدعى أنه كان على المشفوع منه أن يسد دائماً مقيدا وحنه ، وبما أنه لم يفعل ، بل ترك العقار للمشفوع تنزع ملكيته ، فيجب اعتبار الشفعة كأنها لم تحصل لعدم وجود محل لها ، لأنه بمقتضى الشفعة مارت ملكية العقار المشفوع للشفيع ، فهذا الأخير ، في حال نزاع للملكية ، له بصفته حائراً للعقار tiers détenteur التكاليف والحقوق المبنية في المادة ٥٧٥/٦٩٨ مدني . استئناف مخطوط ١٧ ابريل ١٩١٧ (٢٩ ص ٣٧٢) .

(٢) راجع نبذة ٤٠٢ وما بعدها .

(٣) نبذة ٤٠٦ .

يكون أفضل من مركز هذا الأخير^(١).

وقد حكم بأنه ليس لطالب الشفعة أن يدعى بالتخلص من الشرط الوارد في عقد البيع الذي بمقتضاه تعهد المشتري بأن ينشئ في ظرف سنة منزلا للسكنى على الأرض المبيعة ، وأن يحافظ على الاستواء الحالي ، والا ترتب على عدم قيامه بذلك فسخ البيع ، وذلك لأن مثل هذا الشرط ليس شرطا غير عادي ، ولا يدعو للريبة ، فلا يعتبر من طرق الفس التي يقصد بها منع الشفيع من استعمال حقه^(٢).

٤٠١ — وطبيعة حق الشفعة الذي بني عليه حلول الشفيع في حقوق المشفوع منه والزاماته تتطلب ، كما تتطلب العدالة أيضا ، أن المشفوع منه يخرج سليما من العملية التي قررت لها سلطة القانون^(٣).

٤٠٢ — **وقت تملك الشفيع** — اختلفت المحاكم في الوقت الذي يملك فيه الشفيع المال المشفوع فيه : فرأى بعضها أن تملكه يستند الى وقت بيع العقار المشفوع فيه . ورأى بعض أنه يستند الى وقت طلب الشفعة . ورأى بعض آخر أن حكم الشفعة ناقل للملك ، فالشفيع يملك من وقته . ونحن نرى أن تملك الشفيع يكون من وقت الحكم أو التراضي . وسنشرح ذلك في النبد الآتية .

٤٠٣ — **(١) الرأي القائل بملك الشفيع من وقت البيع** — قرر بعض المحاكم^(٤) أن القواعد القانونية تقضي بأن الأحكام مطلنة ومقررة للحقوق ، لا موجدة ومنشئة لها ، بمعنى أن الحق الذي قضى للشخص به يعتبر أنه مكتسب

(١) استئناف مخطط ١١ ابريل ١٩٠٧ (١٩ ص ٢٠٤) .

(٢) استئناف مخطط ١٦ ديسمبر ١٩٠٩ (٢٢ ص ٥٦) .

(٣) استئناف مخطط ٦ يونيو ١٩٠٥ (١٧ ص ٣٣١) .

راجع استئناف مخطط ٧ ابريل ١٩١٧ (٢٩ ص ٣٧٧) .

(٤) والظاهر أن على زكي الرازي باشا من هذا الرأي أيضا (نبذة ١١٣) . وكذلك عبد السلام ذهني بك « في الأموال » نبذة ٥٢٥ .

عكس هذا الرأي : استئناف مخطط ٢٠ ديسمبر ١٩٠٦ (١٩ ص ٤٢) ، وقد جاء فيه أن قانون الشفعة لم يفترض حلول الشفيع في حقوق المشفوع منه والزاماته من يوم البيع :

La loi sur la préemption n'a pas consacré la fiction d'une subrogation du préempteur aux droits du préempté rétroagissant à la date de la vente.

من يوم وجوده ، لا من يوم القضاء له به ، فبناء على ذلك يكون الشفيع الذى طلب الأخذ بالشفعة مالكا للعقار من يوم حصول البيع ^(١) .

وقد قضى ^(٢) بأن البيع الحاصل من الشفيع بعد صدور حكم ابتدائى فى صالحه لا يلقى لمجرد حصوله قبل صدور الحكم التهاى الذى جاء مؤيدا للأول . وجاء فى أسباب هذا الحكم :

« وحيث ان الشفعة تثبت بالطلب للمستوفى للشرائط القانونية ، ومتى ثبتت انفسخ البيع للمشتري ، وحل الشفيع محله ، وأصبح العقار المشفوع فيه ملكا له من يوم البيع ، ولذلك تسقط جميع الحقوق المبنية التى يكون قد قررها عليه المشتري . » وحيث ان الحكم بها للشفيع ليس عبارة الا عن تقرير صحة الطلب والزام المتخاصمين بالتأثير القانونى المرتبة عليها ، فهو من الأحكام المبنية للحقوق لا المنشئة لها ، خلافا لما قرره قضاء أول درجة .

« وحيث انه بناء على ذلك لا يعتبر بيع العقار المشفوع فيه بعد طلب الشفعة وقبل القضاء فيه من قبيل بيع الآمال ولا بيع ما لا يملكه الانسان ، بل هو من قبيل بيع الحقوق المتنازع فيها ، وهذا جائز بلا خلاف . » وحيث انه مع ذلك فان بيع الأمل ، أى الشيء الذى يأمل الانسان امتلاكه فى المستقبل ، جائز ، الا فى بعض المستثنيات ، ومتى تحقق الأمل فذ البيع .

(١) استئناف ١٥ مارس ١٨٩٤ (دائرة أحمد عفيف بك وعمر رشدى بك وكوربت بك) الحقوق ٩ رقم ١٦ ص ٦١ المحاكم ٥ رقم ١٧١ ص ١٠٨ مجموعة ناصر ١٢٩٧ . وقد جاء فى الحكم أن هذا يوافق ما نص عليه فى مذهب الامامين مالك والثافى من ثبوت ملك الشفيع بمجرد الطلب بعد معرفة الثمن والبيع ولو لم يسلم المشتري أو يسلم الثمن ، ورتبت المحكمة على ذلك أنه يجوز للورثة تجديد المطالبة بالشفعة . ولكن يلاحظ أن رأى الامامين لا يفيد أن التملك يكون من وقت البيع ، بل ان النص للتقدم يفيد أنه يكون من وقت الطلب . راجع بنية ٣٨٣ وما بعدها فيما يختص بتوارث حق الشفعة .

(٢) استئناف مصر الأهلية ١١ مارس ١٩٠٦ (دائرة سعد زغلول بك ومستر ألتون ومستر ساتو) المجموعة ٨ رقم ٦٠ ص ١٣٠ الفهرست المصرية الأولى للمجموعة رقم ٤٣١ الحقوق ٢٠ ص ١٧٧ مجموعة ناصر ١٢٩٨ .

« وحيث انه من جهة أخرى فلا يصح في القانون المصرى لمن باع ما لا يملك أن يحتج ببطلان البيع اذا صار مالكا للبيع ، لأن هذا البطلان ليس من قبيل البطلان المطلق ، بل البطلان النسبى الذى يقبل التصحيح ، ولا يسوغ أن يتمسك به الا من تقرر فى مصلحته » .

٤٠٤ — **الرأى القائل بتملك الشفع من وقت الطلب** — رأى بعض المحاكم أن الشفع يعتبر مالكا للعين المشفوع فيها من يوم طلبه الأخذ بالشفعة . ولذلك اذا استمر المشتري واضعا يده عليها بعد الطلب فانه يكون مسئولا ، قبل الشفع ، عن ثمرتها من يوم الطلب الى يوم التسليم . ولكن يراعى خصم ما يقابل أتعاب الادارة ومصاريفها ، وفوائد ثمن المبيع ، من يوم طلب الأخذ بالشفعة الى يوم دفع الثمن ^(١) .

وقد قضى ، بناء على هذا الرأى ، بأنه اذا حكم للشفع بأحقية فى أن يأخذ بالشفعة عينا واضعا يده عليها فلا حق للمشتري فى مطالبة الشفع بريمها من يوم المطالبة بالشفعة الى يوم الحكم له بها ^(٢) .

٤٠٥ — **الرأى القائل بتملك الشفع من وقت الحكم** — رأى بعض المحاكم ^(٣) أن حكم الشفعة ناقل للملكية لا مقرر لها ، فلا يعتبر الشفع مالكا للمعار المشفوع الا من تاريخ الحكم له بالشفعة . وقد قضى بناء على ذلك :

بأنه لا يكون للشفع الحق فى ريع المعار المشفوع الا من تاريخ التراضى أو قضاء القاضى ^(٤) . وحتى لو كان الشفع قد قام بمرض الثمن عرضا حقيقيا فانه

(١) استئناف ٢٩ ديسمبر ١٩٠٩ (دائرة حسن جلال بك ومستر رويل وعبد الحيد رضا بك) المجموعة ١١ رقم ٣٥ ص ٢٩٧ الفهرست المصرية الأولى للمجموعة رقم ٩٥٦ . استئناف مخطوط ٢٢ مايو ١٩٠٢ (١٤ ص ٣١٢) .

(٢) الأقصر الجزئية ٣١ مارس ١٩٠٩ (القاضى مصطفى محمد) المجموعة ١١ رقم ١٠ ص ٢٦ الفهرست المصرية الثانية للمجموعة رقم ٩٥٥ المحاكم ٢٢ ص ٤٦٥٨ مجموعة ناصر ١٣٠٠ .

(٣) ومن هذا الرأى أيضا محمود فهمى ص ٣٠٨ وما بعدها .

(٤) ملها الجزئية ١٢ يونيه ١٩٢٤ (القاضى سليمان بهجت) الهامة ٤ رقم ٧٢٠ ص ٩٤٢ الجدول المصرى الأول للهامة رقم ١٠٨٧ مجموعة ناصر ٤٧٣٩ .

لا يكون له حق في غلة العقار المشفوع الا من تاريخ القضاء له بالشفعة ، لا من تاريخ عرض الثمن عرضا حقيقيا ^(١) .

وبأن المشتري يعتبر مالكا لناية صدور الحكم التهاى القاضى بأحقية الشفعين فى الأخذ بالشفعة ، وله الحق فى الاستيلاء على الثمرات الى حين صدور هذا الحكم ^(٢) .

وقد صدرت من محكمة الاستئناف ، عند فصلها فى الدعاوى المرفوعة اليها بخصوص علم دفع الشفعين الثمن ، جملة أحكام تقيد أخذها بالرأى القائل بتملك الشفعين من وقت الحكم ^(٣) .

وجاء فى أسباب حكم محكمة الاستئناف بدوائرها الجمعية ^(٤) ، انلخاص بالمراد من عرض الشفعين ، ما يفيد أخذها بهذا الرأى أيضا ، اذ قالت :

« وحيث ان الشفعة أخذت أصلا عن أحكام الشريعة الفراء ، وقال الفقهاء فيها انها تمليك بالتراضى أو بقضاء القاضى دفعا لاحتمال الضرر ، أى أن الشفعين لا يعد مالكا للعقار الا بناء على تراضيه مع المشتري على أن يتنازل له عما اشتراه لما له عليه من حق الشفعة أو بحكم القاضى ، وحينئذ يتعين عليه دفع الثمن والمصاريف التى يكون قد صرفها فى سبيل هذا الشراء .

« وحيث انه بناء على هذا المبدأ يكون حكم الشفعة ناقلا للملك ، وليس مقرر له ، والمشفوع منه حق الانتفاع بما اشتراه واستغلا له نفسه حتى يدفع له الشفعين الثمن والمصاريف بناء على التراضى أو حكم القاضى .

(١) بنى سوفى الجزئية ٢٨ أكتوبر ١٩٢٠ (القاضى أحمد نثأت) الحقوق ٣٧ رقم ٦٦ ص ١٧١ المجموعة ٢٢ رقم ١٤٧ ص ٢٣٩ الحاماة ١ رقم ٥٦ ص ٣٠٧ الجدول المسمى الأول للحاماة رقم ١٠٨٣ .

(٢) شين الكوم الجزئية ٢٢ نوفمبر ١٩٢٨ (القاضى حسين رياض صبحى) الحاماة ٩ رقم ٣٤٣ ص ٥٦٦ الجدول المسمى الأول للحاماة رقم ١٠٩٠ مجموعة ناصر ٤٧٤١ .

(٣) راجع نبذة ٤١٦ .

(٤) ٢٩ مارس ١٩٢٢ الحاماة ٣ رقم ٢٠٠ ص ٢٦٦ ، ٦ رقم ١٩٣ ص ٢٤١ المجموعة ٢٤ ص ٤١ .

« وحيث انه متى سلم بأن العين تعتبر ملكا للمشتري الى حكم القاضى ، فليس من السلم به الزام الشفيع بايداع المبلغ بالخزانة وتعطيله زمنا بغير استغلال وبغير مسئولية على المشتري الذى له حق الانتفاع بثمرة العين ما دام النزاع قائما قصر أو طال »^(١) .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المشتري الذى ترفع عليه دعوى شفعة لا تزول ملكيته للعقار المشفوع الا بقبول حق الشفعة نهائيا ، ولذلك يبق له حتى ذلك الوقت الحق فى الانتفاع بالثمار ، ولكن ليس له فى نفس الوقت أن يحتفظ بهذه الثمار وأن يطالب بفوائد المبالغ التى دفعها^(٢) .

٤٠٦ — رأينا — رأى الذى تقول به هو ما أخذ به الفريق الأخير من المحاكم ، فالشفيع لا يصبح مالكا للعقار المشفوع الا من وقت التراضى ، أو من وقت الحكم بالشفعة قضاء . وهذا يوافق حكم الشريعة الاسلامية الذى يقضى بأن تملك العقار قضاء كان أو رضاء يعتبر شراء جديدا فى حق الشفيع^(٣) . فالشفيع بمجرد البيع يكون له الحق فى أن يطالب بالشفعة ، ولكن لا تنتقل اليه ملكية العقار المبيع الا اذا سلم المشتري له بالشفعة ، أو قضى له بها ، وقبل ذلك تكون الملكية للمشتري . وانما قد قيد القانون تصرفات المشتري ببعض القيود اذا حصلت بعد طلب الشفعة أو تسجيل ذلك الطلب . فمنه من البناء أو الفراس بعد طلب الشفعة بمقتضى المادة ١٠ ، التى جاء أنه اذا بنى أو غرس ، بعد طلب الأخذ بالشفعة ، فانه يكون للشفيع الخيار ان شاء طلب ازالة البناء أو الفراس ، وان شاء طلب بقاءهما بعد دفع مصاريفهما^(٤) . ونص فى المادة ١٢ على أن الرهون والبيع والحقوق العينية التى يكتسبها الغير من المشتري بعد تاريخ

(١) راجع ما تقدم نبذة ٢٨٣ .

(٢) استئناف مخطط ١٧ فبراير ١٩٠١ (١٣ ص ١٢٤) .

راجع أيضا استئناف مخطط ٢١ مايو ١٩٠١ (١٣ ص ٣٠٠) .

(٣) راجع ما تقدم نبذة ٣٩١ وما بعدها .

(٤) راجع ما سيجي .

تسجيل طلب الشفعة لا تسرى على الشفيع ^(١) .
ويؤيد الرأي الذى تقول به ما جاء فى المادة ٩ من أن « العين الجائز
أخذها بالشفعة اذا باعها مشتريها قبل تقديم طلب ما بالشفعة فيها وتسجيله ... لا تقام
دعوى أخذها بالشفعة الا على المشتري الثانى بالشروط التى اشترى بها » . فقاانون
الشفعة اعتبر المشتري قبل طلب الشفعة مالكا للعين التى اشتراها ، فاذا تصرف
فيها سقط حق الشفيع فى طلبها بالشفعة ، ولا يكون له أن يطلبها الا بمقتضى للبيع
الثانى الحاصل من المشتري ، وبشروط هذا البيع الثانى . وكذلك يؤخذ من المادة
١٢ بمفهوم الخافه أن الرهن والحقوق العينية التى يكتسبها الغير من المشتري قبل
تسجيل طلب الشفعة تسرى على الشفيع .

قلنا ان الشفيع لا يصبح مالكا الا من وقت تسليم المشتري له بالشفعة أو من
وقت الحكم له بها . وقد جاء فى المادة ١٨ ، كما رأينا ، أن « الحكم الذى يصدر
نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سنداً للملكية الشفيع » . فهذا الحكم يعتبر عقداً الزامياً
فيما بين المشتري والشفيع ، وشروطه هى شروط البيع الذى ترتبت عليه الشفعة .
أما فيما يتعلق بالحقوق والالتزامات التى كانت بين البائع والمشتري بمقتضى عقد
البيع الذى ترتبت عليه الشفعة ، فان الشفيع يحل لدى البائع ، بمقتضى المادة ١٣ ،
محلاً للشفوع منه فى جميع حقوقه والتزاماته ، فتكون له الحقوق التى كانت
للمشتري بمقتضى هذا العقد ، وتكون عليه التزاماته ، ويذول كل ارتباط قانونى
بين البائع والمشتري ، وقد فصلنا ذلك فيما تقدم ^(٢) .

٤٠٧ - تصرف الشفيع فى المشفوع - للشفيع بعد أن يأخذ العقار
بالشفعة ، بالتراضى أو بالتقاضى ، أن يتصرف فيه كيف يشاء ، ولا يمكن تعيين مدة
مخصوصة يمنع فيها من التصرف ، والا اعتبر مضارباً على حساب المشفوع منه ^(٣) .

(١) راجع ما سيجىء .

(٢) راجع نبذة ٣٩٨ .

(٣) بنى سويف الابتدائية ١٦ ابريل ١٩٢٣ (دائرة محمود جعفر بك والقاضى هانز
حبيبى بك والقاضى يوسى على نصار) الحاماة ٣ رقم ٣٥١ م ٤٢٠ الجدول المسمى الأول =

دفع الثمن

٤٠٨ — يجب على الشفيع دفع الثمن الى البائع . ولا لزوم لأن يسلمه بواسطة المشتري ، بما أنه بناء على المادة ١٣ يحل محل المشفوع منه في حقوقه والتزاماته ^(١) .

هذا اذا لم يكن المشتري دفع الثمن الى البائع . فان كان قد قام بدفعه فانه هو الذى يكون دائئا بالثمن ، ككل انسان يقوم بدفع دين آخر (مدنى ٢٢٤/١٦١) ، ويكون له الحق أيضا في فوائد الثمن ^(٢) .

٤٠٩ — وليس للمشفوع منه أن يطلب مبلغا أكثر من ثمن البيع ، بدعى أن العين المشفوعة قد زادت قيمتها ، اذا كانت هذه الزيادة عامة ، وليست من فضل المشتري ، ولا للشفيع أن يطلب انقاص الثمن ، بدعى أن العين قد قصت قيمتها ، وذلك لأن الشفيع يحل محل المشتري وعليه أن يقوم بدفع ثمن المشتري وتوابه ^(٣) .

== للحاماة رقم ١٠٨٥ مجموعة ناصر ١١٣٥ . وقد جاء فيه : « وبما أن حق الشفعة هو حق شخصي للشفيع يجب ألا يستعمله الا اذا توفرت لديه سلامة النية بأكل معانيها وأن لا يتخذها وسيلة للمضاربة ، ولا يستعمله بقصد الاغتناء اضراما بالغير . وحيث انه ولو أن حق الشفعة حق ضيق ولا يجب التوسع فيه الا أنه للشفيع بعد أن ثبت له الحق بالرضا أو القضاء أن يصرف فيه كيف شاء ، لأنه بذلك صار مالكا للمشفوع فيه ، وله اذا حرية التصرف في العين التي يمت له ، بل وله الحق أن يتجر فيها ، فله أن يبيع ليكسب ولا يشترط أن يشفع ليحفظ الملك للمشفوع فيه لنفسه » .

(١) ولا يستفيد الشفيع من تأجيل الثمن الذى يكون البائع قد منحه للمشتري ، كما سيجيء — راجع نبذة ٤١٣ .

(٢) راجع نبذة ٤١٩ — راجع استئناف مخطط ١٧ يناير ١٩٠١ (١٣ ص ١٢٤) — فورجير ص ٣٣٠ .

(٣) استئناف مخطط ٢٥ مايو ١٩٠٥ (١٧ ص ٢٩٩) .
استئناف أملى ١٤ فبراير ١٨٩٥ (دائرة أحمد عفيف بك وعمر رشدى بك وكوربت بك)
القضا ٢ ص ١٨٢ الحقوق ١٠ ص ١٣٠ مجموعة ناصر ١٢٢١ .

٤١٠ - لا ضرورة لرفع دعوى للمطالبة بالثمن بعد الحكم بالشفعة -

تم الشفعة بطلب الشفيع وقبول المشفوع منه ، ويقوم الحكم مقام قبول المشفوع منه . وإذا كانت الشفعة تم بالحكم فيها فقد أصبحت العين ملكا للشفيع والثمن حقا للمشفوع منه . فلا يملك الشفيع التنازل عن حكم الشفعة ^(١) ، ولا يؤثر هذا في حق المشفوع منه في تنفيذ الحكم للحصول على الثمن دون حاجة الى رفع دعوى جديدة به . وقد نصت المادة ١٨ من قانون الشفعة على أن « الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سنداً للملكية الشفيع ، وعلى المحكمة تسجيله من تلقاء نفسها ^(٢) » . ولا محل للقول بأن حكم الشفعة انما يقضى للشفيع وحده بأحقيقته العين المشفوعة مقابل دفع الثمن ، وهو وحده الذى يملك تنفيذه بتسليم العين ، انما بشرط أن يدفع الثمن ، وان الحكم لم يقض بشئ للمشتري فلا يمكن تنفيذه بالثمن ، لأن هذا القول مردود بأن الحكم بالشفعة أصبح به الشفيع مالكا نهائيا للعين المشفوعة مقابل دفع الثمن ، وما دام لا يمكن ترك الشفعة فيكون الثمن مستحقا فوراً بمقتضى ذلك الحكم نفسه ، وليس للشفيع أن يرغم المشتري على انتظاره حتى يختار هو الوقت المناسب له لتسليم العين ودفع الثمن ، ولا وجه لتكليف المشتري رفع دعوى جديدة بالثمن ، لأن هذا الثمن هو فى الواقع مقضى به بحكم الشفعة ، وأصبح مقدراً وغير متنازع فيه ، فليس هناك موضوع لدعوى أخرى بشأنه ، بل ان هذه الدعوى تكون غير مقبولة لسبق الفصل فيها ^(٣) .

وانه وان كان يجوز للمشتري ، اذا تأخر الشفيع عن دفع الثمن ، أن

(١) راجع بنية ٣٦٩ .

(٢) راجع بنية ٣٥١ .

(٣) مصر الابتدائية ٢٢ نوفمبر ١٩٢٧ (دائرة على زكى الراى بك والقاضى مصطفى صبرى والقاضى عبد الفتاح سليم البصرى) المحاماة ٨ رقم ٢٦٥ ص ٣٧٦ .
استئناف مصر الأهلية ٢٢ ابريل ١٩٢٩ (دائرة محمد لبيب عطية بك وأحمد نظيف بك وحامد نهمى بك) المحاماة ٩ رقم ٥٣٠ ص ٩٨٣ : الحكم الذى يقضى بالشفعة يقضى فى الوقت نفسه بدفع الثمن ، فليس للمشتري فى حاجة الى قضاء جديد يلزم الشفيع بدفع ثمن هذه الصفقة ، وانما اذا تامل الشفيع فى حبس الثمن بوجود دين على العين تعين القضاء باستمرار التنفيذ .

يرفع عليه دعوى يطالبه بدفع الثمن أو بطلان الشفعة^(١)، فإن الواقع أن الدعوى التي ترفع في هذه الحالة ليس الغرض منها إلزام الشفيع بالثمن، بل الحكم بإبطال الشفعة لتأخيرها في دفع الثمن، وفقا للقاعدة العامة المقررة للمقود، وهي أنه إذا قصر أحد الطرفين في القيام بواجباته كان الطرف الآخر مخيرا بين تنفيذ العقد وبين المطالبة بفسخه لعدم تنفيذه.

وقد قضى بناء على ذلك بأنه إذا استشكل في تنفيذ حكم الشفعة للحصول على الثمن، فإن الاشكال يكون مقبولا إذا كان مبنيا على أن للشفيع دينا على المشفوع منه يجب محاسبته عليه أو المقاصة فيه مع الثمن. وأما إذا كان مبنيا على أن لا حق للمشفوع منه في تنفيذ حكم الشفعة للحصول على الثمن فيصبح الاشكال غير مقبول^(٢).

الثن المؤجل

٤١١ - في الشريعة الإسلامية - اختلف الفقهاء إذا وقع الشراء بثمن مؤجل، الى سنة مثلا، أيأخذه الشفيع بالثمن الى ذلك الأجل، أم يأخذ المبيع بالثمن حالا، أم هو مخير؟ فقال مالك يأخذه بذلك الأجل إذا كان مليا أو يأتي بضامن مليء. وقال الشافعي: مخير، فإن عجل تمجلت الشفعة، والا تتأخر الى وقت الأجل. وهو نحو قول الكوفيين. وقال الثوري لا يأخذها الا بالنقد، لأنها قد دخلت في ضمان الأول، قال: ومنا من يقول تبقى في يد الذي باعها، فإذا بلغ الأجل أخذها الشفيع^(٣).

٤١٢ - رأى الحنفية - إذا قضى للشفيع بالمبيع، وكان ثمنه مؤجلا على المشتري، يأخذه الشفيع بثمن حال^(٤)، لأن رضا البائع بالأجل في حق

(١) راجع بنية ٤١٦.

(٢) حكم مصر الاجدائية ٢٢ نوفمبر ١٩٢٧ التقدم.

(٣) بداية المجتهد ٢ ص ٢٤٤ - ٢٤٥.

(٤) مرشد الحيران المادة ١٢٧.

المشتري لا يدل على رضاه به في حق الشفيع ، لتفاوت الناس في اليسار والاعسار وإيفاء الحقوق ، فإن أدى الثمن للبائع سقط الثمن عن المشتري ، وإذا أراد الشفيع تأجيل الثمن فليس له ذلك إلا برضاء المأخوذ منه ، فإذا لم يرض المأخوذ منه فهو إما أن ينقد الثمن حالا أو يصبر حتى يحل الأجل ، فإن قد الثمن حالا ، وكان الأخذ من البائع سقط الثمن عن المشتري ، وإن قد الثمن حالا وكان الأخذ من المشتري يبقى الأجل في حق المشتري على حاله ، حتى لا يكون للبائع ولاية مطالبة المشتري قبل حلول الأجل ، وإن صبر حتى حل الأجل فهو على شفيعته إذا كان الأجل معلوما ، وأما إذا كان مجهولا نحو الحصاد والدياس وأشباه ذلك ، قال الشفيع أنا أعجل الثمن وأخذها لم يكن له ذلك ^(١) .

وقال زفران الثمن يتأجل على الشفيع أيضا ، لأن للشفيع حق الأخذ بالثمن الذي تملك به المشتري بصفته والأجل صفة للدين ^(٢) .

٤١٣ — في القانون — يستفيد الشفيع من جميع الشروط الواردة بعقد البيع ، ولكنه لا يستفيد من تأجيل الثمن الذي يكون البائع قد منحه المشتري ، كما نص القانون صراحة على ذلك في المادة ١٣ التي جاء فيها ^(٣) : « على أن المشتري إذا استحصل على تأجيل الثمن لا يتنع الشفيع من هذا التأجيل إلا برضاء البائع » ^(٤) ، وذلك ، كما تقدم ، لتفاوت الناس في اليسار والاعسار وإيفاء الحقوق ، فيجب على الشفيع أن يدفع ثمن المبيع حالا ، بدون أن يستفيد من الأجل المضروب للمشتري ^(٥) .

(١) كذا في المحيط والخيرة والفتاوى العتابة — الفتاوى الهندية ٥ ص ١٧٦ — ١٧٧ .

(٢) كتاب « المعاملات » للشيخ أبي الفتح بك ص ٨٣ .

(٣) راجع نبذة ٣٩٨ .

(٤) راجع استئناف ١٦ ديسمبر ١٩٢٩ (دائرة كامل ابراهيم بك ومحمود سامي بك وعلام محمد بك) المظامة ١٠ رقم ٢١٢ ص ٤٣٢ مجموعة ناصر ٤٧١٨ .

(٥) راجع استئناف ٢٠ مارس ١٨٩٤ (دائرة صالح ثابت بك ومسيو دي هتس والفاضل سعد زغلول) الحقوق ٩ ص ٤٩ مجموعة ناصر ١٢١٥ .

وقد حكم بأن تأجيل الثمن لا يرفض للشفيع الا اذا لم يوافق البائع — وهو ذو المصلحة في ذلك — على منحه اياه . وعليه فاذا قدم الشفيع في الجلسة الجزء المدفوع من الثمن ، ولم يعترض المشتري على هذا الدفع الجزئي ، فليس للشفوع منه أن يحتاج بعدم قبول الشفيع لعدم قيامه بدفع كل الثمن ^(١) .

وفي قضية اشترط تأجيل سداد مبلغ الدين وجزء من الثمن في عقد بيع أطيان كان الدائن المرتهن طرفا فيه ، واشترط فيه أيضا أنه في حالة بيع جزء من تلك الأطيان يصير شطب الرهن عنه مقابل دفع ما يخصه في الدين الى الدائن المرتهن ، وطلب مالك أرض مجاورة لجزء من الأطيان المبيعة أخذ هذا الجزء بالشفعة ، مرتكنا على ما لأطيانه من حق الارتفاق على هذا الجزء ، فدفع المشترون هذه الدعوى بانكار وجود هذا الحق . ورأت المحكمة عدم صحة هذا الدفاع ، ولتلك حكمت :

أولا — بأحقية للدعى في الأخذ بالشفعة ، بما أنه لا البائع ولا المشترون لم يتسكوا بحق عدم تجزئة الصفقة .

ثانيا — فيما يختص بما لكل من المتعاقدين من الحقوق قبل الآخر اعتبار الشفيع كالمشتري بدون قيد ولا شرط ، واحلاله محل المشتريين الأصليين فيما لم من الحقوق ، ما عدا ما يتعلق بتأجيل دفع الثمن .

ثالثا — أنه ما دام يقوم الشفيع بدفع جزء نسبي من الثمن الأصلي الى البائع الأصلي والدائن المرتهن فيكون له حق ملكية الجزء الشفوع فيه خاليا من حقوق الامتياز التي للمشتري ومن حق الرهن ^(٢) .

٤١٤ — وللبيع ، وهما للقواعد العامة ، حق حبس للبيع ، حتى يدفع اليه الثمن ، وله أيضا في حالة عدم الدفع ، حق الفسخ .
ولا نرى ما يمنع من أن يتضمن حكم الشفعة تحديد ميعاد يحصل فيه الفسخ

(١) استئناف مخطوط ١٠ مارس ١٩٢١ (٣٣ ص ٢١٠) .

(٢) استئناف أملى ٢٠ نوفمبر ١٩٠٧ (دائرة حسن جلال بك ومسترايموس وعمد

صدق بك) المجموعة ٩ رقم ١١٠ ص ٢٥٥ الحقوق ٢٤ ص ٣٣ مجموعة ناصر ١٢١٦ .

حقاً de plein droit إذا لم يدفع الثمن ^(١) .

عدم دفع الثمن

٤١٥ — في التريعة الإسلامية — إذا طالب الشفيع بالشفعة يقضى له القاضى بها ، سواء حضر الثمن أولا ، في ظاهر الرواية . وللمشتري أن يحبس الدار حتى يستوفى الثمن من الشفيع ، وكذا الورثة ، لأن التملك بالشفعة بمنزلة الشراء من المشتري ، كما تقدم . وللبائع حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن ^(٢) .

وقال محمد ليس ينبغي للقاضى أن يقضى بالشفعة حتى يحضر الشفيع المال . وجه قول محمد أن حق الشفعة إنما يثبت لدفع ضرر الدخيل عن الشفيع ، والقضاء قبل احضار الثمن يتضمن الضرر بالمشتري ، لاحتمال افلاس الشفيع ، ودفع الضرر عن الانسان باضرار غيره متناقض ، فلا يقضى قبل الاحضار ، ولكن يؤجله يومين أو ثلاثة ان طلب التأجيل تمكينا له من نقد الثمن .

وجه ظاهر الرواية أن الشفيع يصير ممتلكا للشفوع فيه بمقتضى القضاء بالشفعة ، كأن اشتراه منه ، والتمك بالشفعة لا يقف على احضار الثمن ، كما فى الشراء للببتأ ^(٣) .

وقال محمد لو ضرب له القاضى أجلا ، فقال له ان لم تأت بالثمن الى وقت كذا فلا شفعة لك ، فلم يأت به ، بطلت شفيعته . وكذا اذا قال الشفيع ان لم أعطك الثمن الى وقت كذا فانا براء من الشفعة ، لأن هذا تعليق اسقاط حق الشفعة بالشرط ، والاسقاطات مما يحتمل التعليق بالشرط ^(٤) .

٤١٦ — فى القانون — قررت المادة ١٨ من قانون الشفعة أن الحكم

(١) فورجير ص ٣٣٠ .

راجع الزقاقى الابتدائية ٢١ أغسطس ١٩٠٩ المجموعة ١١ رقم ٥ ص ١٣ .

(٢) البدائع • ص ٢٤ — الفتاوى الهندية • ص ١٧٦ .

(٣) البدائع • ص ٢٤ — ٢٥ .

(٤) البدائع • ص ٢٥ .

الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا للملكية الشفيع ، فبمقتضى هذا النص الصريح يكون الحق متولدا بين الطرفين ، الشفيع والشفوع منه ، من تاريخ الحكم بالشفعة الذى أصبح نهائيا ، ويعتبر هذا الحكم عقد بيع الزامى لأحد الخصوم ، وعقد شراء للطرف الآخر ، فعند وجود نزاع بين الخصوم فيما يختص بالناء هذا الحكم بسبب عدم دفع الثمن يجب الرجوع الى النصوص الواجب اتباعها فى البيوع الاختيارية ، وهى الواردة بالقانون المدنى ، فاذا لم يرد فى الحكم القاضى بالشفعة نص بوجوب دفع الثمن فى ميعاد معين يستمر الحكم حافظا قوته فى مصلحة المحكوم له مدة ١٥ سنة . وهذا اذا لم يرفع المشفوع منه دعوى بمطالبة الشفيع بالثمن ، وعند عدم دفعه يحكم بسقوط حق الشفعة المحكوم به لعدم دفع الثمن ، وفى هذه الحالة الأخيرة لا يوجد ميعاد معين فى القانون للدفع ، ولذا فلا يمكن للمشفوع منه تعيين أجل من تلقاء نفسه لذلك ، بل تتبع فيه أحكام فسخ البيع الاختيارى فى حالة عدم أداء الثمن ، حيث لا يقضى بالفسخ الا اذا لم يحصل الدفع قبل الحكم .

ويعتبر الثمن مدفوعا فيما لو أودعه الشفيع فى خزانة المحكمة بغير أن يعرضه على المشفوع منه اذا كان هذا الابداع مراعى فيه ضرورة حبس الثمن لسبب وجود حقوق عينية على العين يقتضى ازالها قبل الدفع^(١) .

(١) استئناف ٢٢ يناير ١٩١٣ (دائرة أحمد موسى بك ومسيو سودان ومحمد توفيق نسيم بك) المجموعة ١٤ رقم ٤٧ من ٨٩ الفهرست المصرية الثانية للمجموعة رقم ٩٧٥ المحقوق ٢٩ من ٥٦٣ المحاكم ٢٥ من ٥٤٣٣ مجموعة ناصر ١٢٩٢ .
طنطا الابتدائية ٢٨ يناير ١٩١١ (دائرة القضاة محمد عبد الهادى الجندى ومحمود على سرور وحامد وصفي) المحاكم ٢٣ من ٥٠٢٤ المجموعة ١٢ رقم ١٢٤ من ٢٤٤ (تأييد من الاستئناف فى ٢٨ مايو ١٩١١) الفهرست المصرية الثانية للمجموعة رقم ٩٧١ مجموعة ناصر ١٢٩١ .

مصر الابتدائية ١٧ يناير ١٩٠٣ (دائرة محمود رشاد بك وحسن حسنى بك وأحمد قنعة بك) المحقوق ١٨ من ٣٣ مجموعة ناصر ١٢٨٩ : ان الحكم بالشفعة هو فى الواقع عبارة عن عقد يلزم فيه كل من المتعاقدين بأداء شئ معين ، فالتشترى يسلم العين الشفوع فيها ، والشفيع يدفع الثمن ، فهو اذن بمثابة بيع معلق على شرط ، فكما أنه اذا قصر التشترى فى دفع ثمن للبيع

وقد حكم بأنه تطبيقاً للقواعد القانونية العامة للمشروع منه طلب فسخ الشفعة *résolution de la préemption* ، لعدم دفع الثمن ، متى ثبت الحق في الشفعة للشفيع بالتراضي أو بقضاء القاضي ^(١) .

وفي قضية حكم للستأنفة نهائياً في ١٢ يـونـيـة سنة ١٩٠٠ بأحقيتها في أن تأخذ بالشفعة الأطيـان التي اشتراها المستأنف عليه ، ولعدم قيام المستأنفة بدفع الثمن رفع المشتري دعوى عليها في ١١ أكتوبر سنة ١٩٠٨ ، مدعياً أن حقها في الشفعة قد سقط ، وقبل صدور حكم المحكمة الجزئية أودعت الشفعية الثمن في خزانة المحكمة ، وتسلمت العين المشفوعة فيها ، ثم حكمت المحكمة الجزئية بسقوط حق المدعى عليها في الأخذ بالشفعة . والمحكمة الاستئنافية قررت : أن أحكام الشفعة مثلها مثل جميع التعهدات والحقوق تسقط بمضى خمس عشرة سنة ، والحكم القاضى بالأحقية في الشفعة لم تمض عليه هذه المدة ، وأنه عند سكوت القانون في أمر متعلق بالشفعة يجب الرجوع الى أحكام الشريعة الإسلامية الفراء ، وأن أحكام الشريعة الإسلامية الفراء قضت بأحقية المشتري في حبس العين المشفوعة لحين قبض الثمن ، فإذا تأخر الشفيع عن أدائه لم تبطل شفيعته ^(٢) ، لأن القضى به لا يسقط الا بالرضا أو القضا ، وتطبيقاً لهذه القاعدة اذا تأخر الشفيع عن دفع الثمن ، تنفيذاً للحكم القاضى بالشفعة ، فلمشتري أن يرفع عليه دعوى يطالبه فيها بدفعه والا بطلت شفيعته ، وبما أن المشتري لم يطلب ذلك في هذه الدعوى ، فضلاً عن قيام الشفعية بدفع الثمن ، فلا محل للحكم بسقوط حقها في الشفعة ^(٣) .

حق البائع فسخ البيع ، كذلك اذا قصر الشفيع في دفع الثمن المحكوم عليه بدفعه حاله اخذ بالشفعة ، جاز للمشروع منه طلب الحكم بسقوط حق الشفيع في تنفيذ الحكم الصادر له بالشفعة بدعوى جديدة مستقلة . والبـيـب في هذا هو أن طالب الشفعة الذي يرغب أخذ ما آله للمشتري من حقوق عليه أن يجعل ما كان على المشتري من الواجبات كما هي . فإذا كان المشتري قد دفع ثمن العين فوراً وجب على الشفيع الاقتداء به بدفعه ذلك فوراً على أثر الحكم له ، والا سقط حقه في الانتفاع بذلك الحكم .

(١) استئناف مخطط ٢١ مايو ١٩٠٨ (٢٠ من ٢٤٤) .

(٢) راجع حاشية ابن عابدين ٥ ص ١٥٧ .

(٣) الزقاقين الاجنادية استئنافي (دائرة فوزي جورجي الطيبي بك ومستر فوكس =

٤١٧ — وسقوط حق الشفعة (déchéance) الذى يقضى به القاضى فى حالة عدم دفع ثمن العقار — الذى أصبح مالكا له — فى ميعاد معين من اعلان الحكم ، هو فى مصلحة المشفوع منه . فليس اذن للشفيع الذى لم يدفع الثمن فى الميعاد الممنوح اياه أن يدفع بسقوط حقه قبل المشفوع منه ، ويدعى أنه تنازل عن الشفعة التى يرغب المشفوع منه قيامها ، بل يجب أن يتحمل نتائج الحكم^(١) . وحكم بأنه لا يجوز للشفيع بعد القضاء له بالشفعة أن يرفض دفع الثمن بحجة أن الحكم صدر لمصلحته وأنه متنازل عنه ، وذلك لأن الحكم نفسه خول حقا مكتسبا للمشفوع ضده أو البائع ، وهو قبض الثمن^(٢) .

وبأن للشفيع الذى حكم لصالحه أن يطالب بتنفيذ الحكم ، ولو كان قد مضى على صدوره مدة أربع سنوات ولم يكن دفع الثمن ، الا اذا كلفه المشتري رسميا بالدفع فى ميعاد معين ولم يفعل^(٣) .

وحكمت بعكس ما تقدم محكمة الاستئناف ، فى أحد أحكامها ، اذ قررت أن الشفعة عبارة عن تملك مال الغير بنزير رضاه ، ولذلك اشترط فيها شروط ضيقة منها عرض الثمن عند طلب الشفعة ، فاذا حكم للطالب ، وتأخر عن دفع الثمن

== والقاضى محمود شكرى (٢١ أغسطس ١٩٠٩ المجموعة ١١ رقم ٥ ص ١٣ الفهرست المصرية الثانية رقم ٦٢٨ مجموعة ناصر ١٢٨٧ .

(١) استئناف مخطط ١٠ مايو ١٩٢١ (٣٣ ص ٣١٧) .

(٢) استئناف أهلى ١٤ مايو ١٩٠٨ (دائرة يحيى ابراهيم باشا ومستر ألتون ومستر كالوينى) الاستئناف ٦ ص ٢٩٢ .

(٣) استئناف ٦ مارس ١٩٠٩ (دائرة أحمد عفيفى بك ومستر مارشال وحسين رشدى بك) المحاكم ٢٤ ص ٥٠٧٠ المجموعة ٧ رقم ٨٨ ص ١٨١ الفهرست المصرية الأولى للمجموعة رقم ٨٦٨ الحقوق ٢١ ص ٣٣٤ مجموعة ناصر ١٢٨٦ . وقد جاء فى أسباب الحكم : وحيث ان الحكم بالشفعة يعتبر كقصد بيع ، وبما أنه لا يجوز فسخ عقد البيع بسبب عدم دفع الثمن ، الا بعد تكليف المشتري بدفع الثمن ولم يتم بسداده بعد التكليف ، فلذا لا يسقط حق الشفعين فى الشفعة بعد الحكم له ابتدائيا الا اذا كلفه المشتري بدفع الثمن والمصاريف المحكوم بها وأعطى له ميعاد ولم يف .

راجع أيضا استئناف مصر ٢٢ ابريل ١٩٢٩ (دائرة محمد لبيب عطية بك وأحمد نظيف بك وحامد فهمى بك) المحاماة ٩ رقم ٥٣٠ ص ٩٨٣ مجموعة ناصر ٤٧٤٢ .

وتسلم المقار ، عد تأخره تنازلا عن الشفعة للمشتري ، اذ الحكم الذى يصدر بالشفعة هو عبارة عن صك الملكية ، فلا يمكن أن يكون نافذا الا بدفع الثمن الذى هو من أركان تنفيذ ذلك الحكم ^(١) .

٤١٨ - هل للشفيع مبيع الثمن متى يظهر المشتري العين من

الرهونه ؟ - اذا دفع المشتري الثمن كله قدما للبائع كان من حقه أن يأخذ من الشفيع . وليس لهذا أن يجسه عن المشتري حتى يقوم له بتطهير العين مما يظهر عليها من رهون وحقوق عينية ، لأنه لا ضمان عليه فيها بأصل شرائه ، ولا بحكم الأخذ بالشفعة ^(٢) .

٤١٩ - الفوائد - لا يوجد فى القانون نص يميز الزام الشفيع بفوائد

ثمن المقار المشفوع ، والا يكون ذلك بمثابة دفع تعويض الى المشفوع منه بسبب الضرر الناتج من دعوى الشفعة ، وهذا لا يميزه القانون ، الا اذا كان للدعوى صفة كيدية ^(٣) .

غير أنه اذا تسلم الشفيع العين ، وكانت ذات ثمرة ، ولم يدفع الثمن ، وجب الحكم عليه بدفع فائدة عن الثمن تعادل الثمرة الناتجة من العين من يوم تسلمها ^(٤) .

(١) استئناف ١٧ مايو ١٩٠٤ (دائرة محي ابراهيم باشا ومستر ولمور ومستر كوغلن) المحاكم ١٥ ص ٣٢٨٧ رقم ٣٢ الاستقلال ٣ ص ٢٦٤ الحقوق ١٩ ص ١٢٥ مجموعة ناصر ١٢٩٠ .

(٢) استئناف ٢٢ ابريل ١٩٢٩ (دائرة محمد لبيب عطية بك وأحمد نظيف بك وحامد فهمي بك) المجموعة ٣١ رقم ٥١ ص ١٤٤ المحاماة ٩ رقم ٥٣٠ ص ٩٨٣ الجدول العصري الأول للمحاماة رقم ١٠٩١ مجموعة ناصر ٤٧٢٤ .

استئناف مخطط ١٧ ابريل ١٩١٧ (٢٩ ص ٣٧٢) .

(٣) استئناف مخطط ٢١ ابريل ١٩٠٤ (١٦ ص ٢٠٥) ، ٢٥ يونيو ١٩١٨ (٣٠ ص ٤٩٠) .

(٤) استئناف مصر ٢٢ ابريل ١٩٢٩ (دائرة محمد لبيب عطية بك وأحمد نظيف بك وحامد فهمي بك) المحاماة ٩ رقم ٥٣٠ ص ٩٨٣ مجموعة ناصر ٤٧٢٨ .

الاستحقاق للغير

٤٢٠ - في الصيغة الإسلامية - اختلف في عهدة الشفيع ، أي على المشتري أم على البائع ، يعني أن الشفيع اذا أخذ الشقص ، فظهر مستحقا ، فعلى من يرجع بالتقاضي ؟ قال مالك والشافعي وأحمد هي على المشتري ، ويرجع المشتري على البائع . وقال ابن أبي ليلى وعثمان البتي عهدة الشفيع على البائع . وعهدة مالك أن الشفعة انما وجبت للشريك بعد حصول ملك للمشتري وصحته ، فوجب أن تكون عليه العهدة .

وعهدة ابن أبي ليلى أن الشفعة انما وجبت للشريك بنفس البيع فطروءها على البيع فسخ له وعقد لها . فالحق ثبت للشفيع بإيجاب البائع فكان رجوعه عليه كالمشتري ^(١) .

وعند أبي حنيفة اذا قضى للشفيع بالعقار المشفوع ، فأدى ثمنه ، ثم استحق المبيع ، فإن كان أداءه للمشتري فعليه ضمانه ، سواء استحق قبل تسليمه اليه أو بعده ، وإن كان أداءه للبائع ، واستحق المبيع وهو في يده ، فعليه ضمان الثمن للشفيع ^(٢) .

٤٢١ - في القانون - اذا استحق العقار المشفوع للغير بعد الأخذ بالشفعة فإن رجوع الشفيع يكون على البائع ، كما قررت ذلك الفقرة الأخيرة من المادة ١٣ التي نصها :

« Dans le cas où, après la préemption, l'immeuble serait revendu par des tiers, le préempteur

» وإذا ظهر بعد الأخذ بالشفعة أن العقار المشفوع

(١) بداية المجتهد ٢ من ٢٤٨ - للنفى ٥ من ٥٣٤ .

(٢) مرشد الحيران للمادة ١٢٨ . وجاء في النفى ٥ من ٥٣٤ : وقال أبو حنيفة ان أخذه من المشتري فالعهد عليه ، وان أخذه من البائع فالعهد عليه ، لأن الشفيع اذا أخذه من البائع تغزر قبض المشتري فيفسخ البيع بين البائع والمشتري ، فكان الشفيع أخذا من البائع مالكا من جهته فكانت عهده عليه .

راجع ابن عابدين ٥ من ١٥٠ .

مستحق للغير فليس للشفيع
 أن يرجع الا على البائع » .
 ne pourra exercer son droit de
 recours que contre le vendeur » .

وإذا اشترط البائع عدم الضمان في حالة الاستحقاق ، فإن هذا الشرط يسرى على الشفيع ، لأنه يحل محل المشتري ، بالنسبة للبائع ، في جميع ما كان له وعليه ، فينتفع بكل الشروط الواردة بالعقد — ما عدا تأجيل الثمن — كما يلتزم بكل ما جاء فيها .

الهلاك

٤٢٢ — لم يتكلم قانون الشفعة في حالة هلاك الشيء أو تلفه . ونرى وجوب الرجوع الى القواعد العامة . وقد جعل القانون المصري ^(١) الهلاك على البائع قبل التسليم ، وعلى المشتري بعد التسليم ، كما يظهر من نص المادة ٢٩٧ / ٣٧١ ^(٢) التي جاء فيها : « اذا هلك المبيع قبل التسليم ولو بدون تقصير البائع أو إهماله وجب فسخ البيع ورد الثمن ان كان دفع ، الا اذا كان المشتري قد دعى لاستلام المبيع بورقة رسمية أو بما يقوم مقامها أو بمقتضى نص العقد » . ولتطبيق هذا الحكم على الشفعة نرى التفريق بين قترتين :

(ا) قبل الحكم نهائيا بالشفعة .

(ب) بعد الحكم نهائيا بالشفعة .

٤٢٣ — (ا) قبل الحكم نهائيا بالشفعة — اذا هلك المبيع في يد البائع ، قبل تسليمه للمشتري ، فالهالك على البائع ، ولو كان بدون تقصيره أو إهماله ، ووجب فسخ البيع ورد الثمن ان كان دفع ، وتسقط الشفعة . وهذا سواء أكان

(١) أحكام الهلاك في البيع في القانون المصري تخالف أحكام القانون الفرنسي ، لأن هذا القانون الأخير جعل الهلاك على المشتري باعتباره مالكا ، سواء قبل تسليم المبيع اليه أم بعده (المادتان ١١٣٨ و ١٦٢٤) .

(٢) وهي تطبيق للقاعدة العامة التي قررها الشارع في المادة ١٧٩ / ٢٤٢ — راجع نجيب الهلالي بك « في العقود » الجزء الأول بنذ ٤٧٩ .

الملاك قبل اعلان الشفيع رغبته الأخذ بالشفعة أم بعد اعلان الرغبة وقبل رفع الدعوى ، أم بعد رفع الدعوى وقبل الحكم فيها نهائيا .

واذا هلك المبيع في يد المشتري ، بعد تسليمه اليه ، فالملاك على المشتري ، وهذا أيضا سواء أكان الملاك قبل اعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة ، أم قبل اعلان الرغبة وقبل رفع الدعوى ، أم بعد رفع الدعوى وقبل الحكم فيها نهائيا . وقد رأينا أن للشفيع ، حتى الحكم ، أن يتنازل عن الشفعة ^(١) .

٤٢٤ - (ب) بعد الحكم نهائيا بالشفعة - اذا هلك المبيع في يد البائع ، فالملاك عليه ، ويجب فسخ البيع ، ورد الثمن الى من دفعه ، سواء أكان المشتري ، أم الشفيع .

واذا هلك في يد المشتري قبل تسليمه الى الشفيع ، فالملاك يكون على المشتري ، اذا أنه ملزم بتسليم القار المشفوع ، وبما أنه قد استحال عليه التسليم فتطبق المواد ٢٤٠/١٧٧ وما بعدها . فبناء على المادة ٢٤٠/١٧٧ « تزول التعهدات بالفسخ اذا صار الوفاء بعد وجودها غير ممكن » . ووفقا للمادة ٢٤٢/١٧٩ « اذا انفسخ التعهد بسبب عدم امكان الوفاء تنفسخ أيضا كافة التعهدات المتعلقة به ، بدون اخلال بما يلزم من التضمنات لمستحقيها في نظير ما استحصل عليه غيره من المنفعة بغير حق » . فيبرأ المشتري من تسليم القار للشفيع ، ولا يطالب الشفيع بالثمن .

واذا كان الملاك قد حصل بخطأ المشتري أو بعد تكليفه بالوفاء ، فبناء على المادة ٢٤١/١٧٨ « اذا صار الوفاء غير ممكن بتقصير المدين أو حث علم الامكان بعد تكليفه بالوفاء تكليفا رسميا ألزم بالتضمنات » . وهذا مع وجود الفسخ وزوال الالتزامات المتبادلة ^(٢) .

ومن رأى مسيو فورجير أنه اذا حصل الملاك ، وكان الشيء في يد المشتري ، فانه يجب على الشفيع أن يقوم بدفع كل الثمن الى البائع ، لأن هذا

(١) راجع نبذة ٣٥٩ ونبذة ٣٦٩ .

(٢) ذهني بك « في الأموال » نبذة ٥٢٤ .

الأخير قد أخلى نفسه من كل مسئولية عن الحالات القاهرة ، فلم الشئ الى المشتري الذى حل الشفيع محله . وكذلك يكون الحكم اذا تلف العقار بتقصير المشتري ، وانما يكون للشفيع حق الرجوع على المشتري بالتعويضات اذا كان لها وجه^(١) .

٤٢٥ — واذا حصل الهلاك بعد تسليم العقار الى الشفيع فان الهلاك يكون عليه .

٤٢٦ — **الهلاك الجزئى** — بمقتضى أحكام البيع العامة اذا كان الهلاك جزئيا ، فهو على المشتري اذا حصل بعد تسليم المبيع اليه . أما اذا حصل فى يد البائع قبل تسليم العقار للمشتري فيطبق حكم المادة ٣٧٢/٢٩٨ التى تنص على أنه « اذا قصت قيمة المبيع بميب^(٢) حدث فيه قبل استلامه بحيث لو كان العيب موجودا قبل العقد لامتنع المشتري عن الشراء كان للمشتري نخبرا بين الفسخ وبين ابقاء البيع بالثمن المتفق عليه^(٣) ، الا اذا سبق منه رهنه^(٤) » .

ولتطبيق هذا الحكم على الشفعة نرى التفريق بين قترتين :

(ا) قبل الحكم نهائيا بالشفعة .

(ب) بعد الحكم نهائيا بالشفعة .

٤٢٧ — **قبل الحكم نهائيا بالشفعة** — اذا حصل الهلاك الجزئى فى يد البائع ، قبل تسليم المبيع الى المشتري ، كان الخيار للمشتري بين الفسخ وبين

(١) فورجير ص ٣٣١ .

(٢) المقصود بالعيب هو هلاك بعض المبيع ماديا ، بدليل أن القانون وضع حكم هذا الهلاك الجزئى بإزاء الهلاك الكلى . وقد اجمع المصراع على أن المقصود منه هنا هو نقصان قدر المبيع ، لا نقصان قيمته ووصفه (نجيب الهلالى بك نبذة ٤٩٠) .

(٣) راجع أيضا المادة ٣٧٢/٢٩٩ .

(٤) عبارة « الا اذا سبق منه رهنه » موجودة بالمادة ٣٧٢ المختلطة ، ولم يكن لها مقابل فى المادة ٢٩٨ أهلى ، ولكنها أضيفت اليها بالقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٣٣ . وعلى ذلك اذا كان المشتري قد رهن المبيع ، فليس له أن يختار فسخ البيع ، لأن الفسخ يضر بحقوق الرهنين ، فالهلاك الجزئى فى هذه الحالة على المشتري (راجع نجيب الهلالى بك نبذة ٤٩١) .

تحمل الهلاك الجزئي بابقاء المبيع بالثمن المتفق عليه . وإذا حصل الاختيار قبل طلب الشفعة سرى على الشفيع ما اختاره المشتري . فإذا اختار الفسخ سقطت الشفعة . وإذا اختار ابقاء المبيع بالثمن المتفق عليه جاز للشفيع أن يطلب المبيع بالشفعة بالثمن المتفق عليه إذا أراد .

وإذا طلبت الشفعة قبل حصول الاختيار فإن المشتري إما أن يظهر اختياره وإما ألا يظهره حتى يتملك الشفيع . وإذا أظهر المشتري اختياره رغم طلب الشفعة فإما أن يختار ابقاء المبيع بالثمن المتفق عليه ، وإما أن يختار الفسخ . فإذا اختار ابقاء المبيع فلا ضرر من ذلك على الشفيع ، لأن له حتى الحكم أن يتنازل عن الشفعة إذا شاء ، وإذا اختار المشتري الفسخ سقط حق الشفعة . وليس للشفيع ما يتضرر منه ، لأنه بالفسخ تعود العين إلى البائع كما كانت ، فلم يوجد ما اضطر الشفيع من أجله للمطالبة بالشفعة .

وإذا حصل الهلاك الجزئي تحت يد المشتري ، بعد تسلمه العقار المبيع ، فإذا كان قد حصل قبل طلب الشفعة فالهلاك على المشتري ، وللشفيع أن يطلب الشفعة بالثمن المتفق عليه إذا أراد ، أو يترك . أما إذا حصل الهلاك الجزئي بعد إعلان الرغبة في الشفعة وقبل الحكم نهائياً ، فالهلاك على المشتري كذلك ، وللشفيع أن يتنازل عن الشفعة إذا أراد ، لأن له ذلك حتى الحكم ^(١) .

(١) ذهني بك نبذة ٥٢٤ — راجع الرأى باشا نبذة ١٢٤ .

وقد جاء في الفنى (٥ ص ٥٠٣ — ٥٠٤) : وإن تلف الشخص أو بعضه في يد المشتري فهو من ضمانه ، لأنه ملكه تلف في يده . ثم إن أراد الشفيع الأخذ بعد تلف بعضه أخذ الموجود بمحضته من الثمن ، سواء كان التلف بفعل الله تعالى أو بفعل آدمي ، وسواء تلف باختيار المشتري كتقصه لبناء ، أو بغير اختياره مثل أن اتهم . ثم إن كانت الأجزاء موجودة أخذها مع العربة بالحصة ، وإن كانت سدومية أخذ العربة وما بقي من البناء . هذا ظاهر كلام أحمد في رواية ابن القاسم . وهذا قول الثوري والشافعي وأبي يوسف وقول الشافعي . وقال أبو عبد الله بن حامد إن كان التلف بفعل آدمي كما ذكرنا وإن كان بفعل الله تعالى ، كانهدام البناء بنفسه أو حريق أو غرق فليس للشفيع أخذ الباقي إلا بكل الثمن أو يترك . وهذا قول أبي حنيفة وقول الشافعي . لأنه متى كان الشخص بفعل آدمي رجع إليه إلى المشتري فلا يضر ، ومتى كان بغير ذلك لم يرجع إليه شيء فيكون الأخذ منه اضراً به والضرر لا يزال بالضرر .

٤٢٨ - (ب) بعد الحكم نهائيا بالشفعة - بعد الحكم بالشفعة

يحل الشفيع ، بناء على المادة ١٣ ، محل المشفوع منه ، لدى البائع ، في جميع حقوقه والتزاماته . فإذا كان الهلاك الجزئي في يد البائع ، ولم يكن المشتري قد أظهر اختياره ، فإن الخيار يكون بعد الحكم للشفيع ، فله أن يختار إبقاء المبيع ويدفع الثمن المتفق عليه . وإذا اختار القسح هل يسرى على المشتري ، وقد يكون راغبا في أخذ المبيع بالثمن المتفق عليه ؟ الذي نراه أن اختيار الشفيع يسرى على المشتري ، لأن ملكية العين قد انتقلت الى الشفيع ، وقد حل بالنسبة للبائع محل المشتري .

وإذا حصل الهلاك الجزئي في يد المشتري ، بعد الحكم بالشفعة ، أى قبل تسليم العين المشفوعة الى الشفيع ، فإنه يكون للشفيع الخيار بين إبقاء العين بالثمن المتفق عليه ، وبين القسح^(١) .

٤٢٩ - أما إذا حصل الهلاك الجزئي بعد تسليم العقار الى الشفيع فإن الهلاك يكون عليه .

العيوب الخفية

٤٣٠ - يكون البائع مسئولاً قبل الشفيع عن العيوب الخفية في الشيء المشفوع ، لأن للمشتري الحق في الرجوع على البائع من أجل العيوب الخفية ، وقد حل الشفيع محله في هذا الحق^(٢) .

ولكن ما الحكم إذا كان المشتري قد تنازل عن حق الرجوع من أجل العيوب clause de non garantie ؟ الذي نراه هو أنه لا يكون للشفيع حق الرجوع ، لأنه باستماله حق الشفعة يعتبر أنه قبل كل اشتراطات المقد المتفق عليها بين البائع والمشتري ، وإن كان هذا الحكم مختلفا في الشريعة الاسلامية ، لأن الأخذ بالشفعة معتبر فيها شراء جديدا كما رأينا ولم تقرر الحلول .

(١) قارن ذمى بك « في الأموال » بنقطة ٥٢٤ .

راجع الراي باشا بنقطة ١٧٣ .

(٢) دى هلنس بنقطة ١٩٤ - هالتون ص ١٧٧ - فورجير ص ٣٣٠ .

وإذا توصل الشفع الى اثبات أن البائع كان يعلم بوجود الميوب الخفية عند ما اشترط عدم ضمانه فله أن يلزمه بضمانه ، وهذا للقواعد العامة (مدنى ٣٩٦/٣٢١) .

تصرفات المشتري قبل الأخذ بالشفعة

٤٣١ - في الشريعة الإسلامية - إذا تصرف المشتري في المبيع قبل

أخذ الشفعة أو قبل علمه فتصرفه صحيح ، لأنه ملكه وصح قبضه له ، ولم يبق إلا أن الشفع ملك أن يملكه عليه ، وذلك لا يمنع من تصرفه ، كما لو كان أحد العوضين في البيع معيلا لم يمنع التصرف في الآخر ، والموهوب له يجوز له التصرف في الهبة وإن كان الواهب ممن له الرجوع فيه .

فتمى تصرف فيه تصرفا صحيحا يجب به الشفعة ، مثل أن باعه ، فالشفيع بالخيار ان شاء فسخ البيع الثانى وأخذه بالبيع الأول بشمنه ، لأن الشفعة وجبت له قبل تصرف المشتري ، وإن شاء أمضى تصرفه وأخذ بالشفعة من المشتري الثانى ، لأنه شفع في العقدين ، فكان له الأخذ بما شاء منهما ، وإن تباع ذلك ثلاثة ، فله أن يأخذ المبيع بالبيع الأول ، وينسخ العقدان الآخرين . وله أن يأخذ بالثانى وينسخ الثالث وحده ، وله أن يأخذ بالثالث ولا ينسخ شىء من العقود . فإذا أخذه من الثالث دفع اليه الثمن الذى اشترى به ، ولم يرجع على أحد ، لأنه وصل اليه الثمن الذى اشترى به . وإن أخذ من الثانى دفع اليه الثمن الذى اشترى به ، ورجع الثالث عليه بما أعطاه ، لأنه قد انسخ عقده وأخذ الشقص منه ، فيرجع بشمنه على الثانى ، لأنه أخذه منه . وإن أخذ بالبيع الأول دفع الى المشتري الأول الثمن الذى اشترى به ، وانسخ عقد الآخرين ، ورجع الثالث على الثانى بما أعطاه ، ورجع الثانى على الأول بما أعطاه . فإذا كان الأول اشتراه بثلاثة ، ثم اشتراه الثانى بعشرين ، ثم اشتراه الثالث بثلاثين ، فأخذه بالبيع الأول ، دفع الى الأول عشرة ، وأخذ الثانى من الأول عشرين ، وأخذ الثالث من الثانى ثلاثين ، لأن الشقص انما يؤخذ من الثالث لكونه في يده وقد انسخ

عقده فيرجع بشئته الذي ورثه .
قال في المتن ^(١) : ولا تلزم في هذا خلافاً ، وبه يقول مالك والشافعي والنعيرى
وأصحاب الرأي .

وجاء في الفتاوى الهندية : رجل اشترى من آخر داراً بألف درهم ، وباعها
من آخر بألني درهم ، وسلمها ، ثم حضر الشفيع وأراد أن يأخذ الدار بالبيع الأول .
قال أبو يوسف يأخذها من التي هي في يديه ويدفع اليه ألف درهم ويقال له أطلب
صاحبك الذي باعك فخذ منه ألفاً آخر . وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة
إذا حضر الشفيع وقد باع للمشتري الدار وسلمها وغاب وأراد أن يأخذها بالبيع
الأول فلا خصومة بينه وبين المشتري الآخر . فالخلاص أن الشفيع لو أراد أخذها
بالبيع الأول يشترط حضرة المشتري الأول عند أبي حنيفة ، وهو قول محمد ، وفي
قول أبي يوسف لا تشترط حضرته ، وإن أراد أخذها بالبيع الثاني لا تشترط
حضرة المشتري الأول بلا خلاف . كذا في المحيط ^(٢) .

وذكر في المتن قال إذا اشترى داراً بألف درهم ثم باعها بألفين ، فعلم
الشفيع بالبيع الثاني ، ولم يعلم بالأول ، فخاصم فيها ، فأخذها بالشفعة بالبيع الثاني
بحكم الحاكم أو بنسب حكمه ، ثم علم بالبيع الأول ، فليس له أن ينقض ما أخذه ،
وبطلت شفيعته في البيع الأول ^(٣) .

وان تصرف للمشتري في الشقص بما لا تنجب به الشفعة ، كالوقف والهبة
والرهن ، أو جعله مسجداً وصلى فيه ، أو جعله مقبرة ودفن فيها ، فقال أبو بكر
للشفيع فسخ ذلك التصرف ويأخذ بالثمن الذي وقع البيع به . وهو قول مالك
والشافعي وأبي حنيفة ^(٤) وأصحاب الرأي ، لأن الشفيع ملك فسخ البيع الثاني
والثالث مع إمكان الأخذ بهما ، فبأن يملك فسخ عقد لا يمكنه الأخذ به أولى ،

(١) المتن • ص ٤٨٨ — ٤٨٩ — للذهب ١ ص ٣٨٦ .

(٢) الفتاوى الهندية • ص ١٧٧ .

(٣) الفتاوى الهندية • ص ١٨١ .

(٤) راجع الفتاوى الهندية • ص ١٨١ .

ولأن حق الشفعيع أسبق وجنبته أقوى ، فلم يملك المشتري أن يتصرف تصرفاً ييطل حقه . ولا يتمتع أن ييطل الوقف لأجل حق التبر ، كما لو وقف المريض أملاكه وعليه دين ، فانه اذا مات رد الوقف الى الفقراء والورثة فيما زاد على ثلثه .

وقال القاضى المنصوص عن أحد فى رواية على بن سعيد وبكر بن محمد اسقاط الشفعة فيما اذا تصرف بالوقف والهبة . وحكى ذلك عن المارجسى فى الوقف ، لأن الشفعة انما تثبت فى المملك ، وقد خرج هذا عن كونه مملوكا . وقال ابن أبى موسى من اشترى دارا فجعلها مسجدا قد استهلكها ، ولا شفعة فيها . ولأن فى الشفعة هنا اضرارا بالموهوب له والموقوف عليه ، لأن ملكه يزول عنه بغير عوض ، ولا يزال الضرر بالضرر ، بخلاف البيع فانه اذا فسخ البيع الثانى رجع المشتري الثانى بالثمن الذى أخذ منه فلا يلحقه ضرر . ولأن ثبوت الشفعة هنا يوجب رد العوض الى غير المالك وسلبه عن المالك ، فاذا قلنا يسقط الشفعة فلا كلام ، وان قلنا بثبوتها فان الشفعيع يأخذ الشقص ممن هو فى يده ويفسخ عقده ويدفع الثمن الى المشتري . وحكى عن مالك أنه يكون للموهوب له ، لأنه يأخذ ملكه . قال فى المعنى ^(١) : ولنا أن الشفعيع ييطل الهبة ويأخذ الشقص بحكم العقد الأول ، ولو لم يكن وهب كان الثمن له كذلك بفسد الهبة المفسوخة .

فى القانون

٤٣٢ — هو الاستغوار والادارة — ان حكم الشفعة ينقل الملكية ولا يقررها ، وللشفوع منه حق الانتفاع بما اشتراه واستقلاله لنفسه حتى يدفع له الشفعيع الثمن والمصاريف بناء على التراضى أو حكم القاضى . وبهذا المعنى حكمت محكمة الاستئناف بدواثرها المجتمعة فى ٢٩ مارس ١٩٢٢ ^(٢) . وحكمت

(١) الفنى ٥ من ٤٩٠ — ٤٩١ .

(٢) ٢٩ مارس ١٩٢٢ المجموعة ٢٤ من ٤١ المحاماة ٦ رقم ١٩٣ من ٢٤١ ، ما نجمت
بنية ٤٠٥ .

محكمة الاستئناف في ١٣ ديسمبر ١٩٢٥ بأن تطبيق هذا المبدأ ، الذي اطمأن اليه القضاء العالي ، ينقطع معه أى ادعاء للاستأنف (الشفيع) في المطالبة بفوائد ثمن العين أو ريعها قبل وصول هذا الثمن للمشفوع منها ، كما تسقط معه دفعه عن اضطراؤه لايداع الثمن لتعنت المشتريين وانكارهما عليه حقه ، فان المبدأ قد غطى كل خلاف على حق شفعة ^(١) .

وستتكمّل فيما بعد في البناء والفراس ^(٢) .

٤٣٣ — التصرفات — يجب التفرقة بالنسبة للتصرفات التي تقع من المشتري — بين (١) التي تكون قبل تسجيل طلب الشفعة للنصوص عليه في المادة ١٤ ، و (ب) التي تكون بعده .

٤٣٤ — التصرفات الحاصلة قبل تسجيل طلب الشفعة — حق الشفعة ليس من نتائج منع المشتري من التصرف في العقار لمصلحة الشفيع المحتمل أثناء المدة التي تجوز المطالبة فيها بالشفعة ^(٣) ، وقد تكون هذه المدة طويلة اذا لم يعلم من له حق الشفعة بالبيع وشروطه .

فالمشتري أثناء هذه المدة أن يتصرف في ملكه كما يشاء ، فله أن يبيع العقار الذي اشتراه أو يرهنه أو يقرر عليه حقوقا عينية أخرى ، وكل هذه التصرفات اذا كانت تسرى على الغير ، أى اذا كانت مسجلة أو مقيدة ، فانه يمكن الاحتجاج بها ضد الشفيع ، ما دامت حاصلة قبل تسجيل طلب الشفعة .

وقد تكون هذه الحقوق مرهقة لدرجة تمنع الشفيع من المطالبة بالشفعة . وكما يجوز للمشتري أن يبيع يجوز له أيضا أن يقايض على العقار الذي اشتراه ، وقد تقدم أن القايضة لا تعطى الحق في الشفعة ، فاذا حصلت القايضة أثناء هذه المدة

(١) استئناف ١٣ ديسمبر ١٩٢٥ (دائرة متولى غنيم بك وعبد لبيب عطية بك) ومحمد زغلول بك (الحاماة ٦ رقم ١٩٢ ص ٢٣٩) .

(٢) نبذة ٤٤٦ .

(٣) استئناف مغلط ٧ مارس ١٩٠٧ (١٩ ص ١٦٩) ، ٢٠ ديسمبر ١٩٠٦ (١٩ ص ٤١) .

فإنها تمنع من الشفعة . ولكن يكون للشفيع أن يطعن في جميع التصرفات المتقدمة ويطلب بطلانها . وإنما عليه أن يثبت أنها ليست حقيقة ، بل صورية .

٤٣٥ — بيع المشتري العين قبل طلبها بالشفعة — ذكرنا فيما تقدم^(١)

حكم الشريعة الإسلامية في حالة تصرف المشتري في العين التي اشتراها بالبيع قبل تقديم طلب بالشفعة فيها . وتكلم الآن في حكم القانون في هذا الموضوع .

نصت المادة ٩ من قانون الشفعة على أن :

« العين المجازة أخذها بالشفعة
إذا باعها مشتريها قبل تقديم طلب
ما بالشفعة فيها وتسجيله ، كما هو
مذكور في المادة الرابعة عشرة
الآتية ، لا تقام دعوى أخذها
بالشفعة الا على المشتري الثاني
بالشروط التي اشترى بها^(٢) » .

فإذا بيع العقار مرتين ، ولم يستعمل الشفيع حق الشفعة في البيع الأول ، فلا يترتب على ذلك سقوط حقه في البيع الثاني ، لأن حق الشفعة يتجدد ويمكن استعماله عند كل بيع^(٣) .

ولم يكن في القانون المدني نص يلزم الشفيع بأن يأخذ بالثمن الثاني عند بيع العين المطلوبة بالشفعة ، وجرت المحاكم في أحكامها على مبدأ جواز الأخذ بالشفعة بثن البيع الأول في الدعاوى المرفوعة قبل صدور قانون الشفعة الجديد ، وذلك

(١) نيفثة ٤٣١ .

(٢) استئناف مختلط ١٣ فبراير ١٩٢٣ (٣٥ من ٢١٣) المحاماة ٣ رقم ٤٥٢
من ٥٤٤ الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ١٠٦٣ ، أول مايو ١٩٠٢ (١٤ من ٢٧٤)
المجموعة الرسمية المختلطة ٢٧ من ٢٧٩ .

(٣) محالوط الجزئية ٣٠ مايو ١٩٢٦ (القاضي اسكنر حنا) المحاماة ٦ رقم ٤٥١
من ٧٤٦ مجموعة ناصر ٤٧٠٩ .

وقالما قرره أغلب علماء الشريعة ^(١) .

والنص الذي جاء به قانون الشفعة ليس في مصلحة الشفيع ، بل هو خطر عليه ، اذ يجد نفسه أمام عقد جديد شروطه أشد بالنسبة له من شروط عقد البيع الأول وثمنه أعلى ، وقد يكون العقد الجديد حصل بقصد منعه من الشفعة ، ويكون من المتعذر عليه اثبات أن هذا الثمن ليس جديا .

٤٣٦ - رفع الدعوى على المشتري الثاني والبائع له - اذا باع

المشتري العقار المشفوع قبل طلب الشفعة وتسجيله وجب رفع دعوى الشفعة على المشتري الثاني وطلب الشفعة منه بحسب شروط عقد مشتراه ، بمعنى أن البيع الأول يعتبر غير موجود ^(٢) .

ولا تقبل دعوى الشفعة اذا رفعت على المشتري الأول وحده ^(٣) .

ولأجل اقامة دعوى الشفعة على المشتري الثاني يجب أن يكون البيع الجديد مسجلا ، لأنه بتسجيله يستطيع الشفيع أن يعلم بالشراء الثاني ، فيرفع الدعوى على المشتري الثاني . فاذا لم يكن مسجلا جاز للشفيع أن يرفع دعواه على المشتري

(١) راجع استئناف ١١ يونيه ١٩٠٣ (دائرة أحمد عفيف بك ومسيو دي هلتس ومستر وبلور) المجموعة ٥ رقم ٣١ من ٦٩ .

استئناف ٧ نوفمبر ١٨٩٥ (دائرة عمر رشدي بك ومسيو دي هلتس ومسيو كامران) القضا ٣ من ١١٠ .

(٢) استئناف مخطوط أول مارس ١٩٠٢ (١٤ من ٢٧٤) ، ٢٦ ابريل ١٩٠٦ (١٨ من ٢١٩) .

(٣) استئناف مخطوط ٢٨ مارس ١٩١٢ (٢٤ من ٢٤٥) ، ١٣ فبراير ١٩٢٣ (٣٥ من ٢١٣) .

استئناف أهلي ١٤ ديسمبر ١٩٢١ (دائرة مستر مارشال وعطية حسني بك وعلى حسين بك) المجموعة ٢٤ رقم ٢١ من ٣٣ .

راجع أيضا استئناف مخطوط ٦ أبريل ١٩٢٠ (٣٢ من ٢٥٧) . وقد قرر هذا الحكم أن عدم قبول طلب الشفعة المبني على كون الشفيع لم يرفع دعواه في اليماد للمين في القانون الا ضد للمشتري الأول ، وليس ضد للمشتري الثاني ، يتعلق بمعرفة ما اذا كان العراء اللاحق سوريا أم لا .

الأول^(١).

وإذا كان الشفيع يعلم بالبيع الثاني ، كما اذا أرسل اليه المشتري الثاني اعلانا رسميا ، بتكليفه بابداء رغبته وفقا للمادة ٢١ من قانون الشفعة ، فترفع الدعوى على المشتري الثاني^(٢) .

وقد حكم بأن قانون الشفعة لم يخضع لاجراء التسجيل العقود التي يبرمها المشفوع منه مع الغير . على أن هذا الاجراء لا تكون له مزية عملية في العلاقات بين الشفيع والشفوع منه ، لأن هذه العلاقات لا يترتب عليها أية منازعة في ملكية العقار المشفوع ، لأن الشفعة مقررة حتى بالنسبة للبيع المسجلة^(٣) .

وبأن عقدي البيع الأول والبيع الثاني ، ولو كانا غير مسجلين ، يمكن الاحتجاج بهما على الشفيع ما دام لم يسجل طلبه ، وهذا التسجيل هو وحده الذي يقرره قانون الشفعة^(٤) ، ولا يوجد أى نص في القانون يلزم المشتري الذي يرغب في البيع بأن يسجل عقد البيع الثاني من أجل الشفعات المحتملة^(٥) .

وقررت محكمة مصر أنه اذا كان عقد المشتري الثاني مسجلا ، وهذا المشتري أجنبيا ، وجب على المشتري الأول أن يطلب عدم قبول الدعوى ، لأن الملك انتقل من يده ، لا أنف يطلب عدم الاختصاص ، لأن المشتري الثاني أجنبي^(٦) .

وقد حكم بأنه اذا اشترى البائع عقاره المبيع فلا يعتبر أجنبيا بالنسبة للشفيع.

(١) مصر الابتدائية ٢٨ نوفمبر ١٩٠٣ (دائرة محمود رشاد بك والقاضي حافظ عبد النبي والقاضي أحمد قنح) الاستقلال ٤ رقم ٥١٠ ص ٥٧٨ .

(٢) راجع ضمنى بك « في الأموال » نبذة ٥٢١ ص ٧٢٨ .

(٣) استئناف مغلط ٢٠ ديسمبر ١٩٠٦ (١٩ ص ٢٤) .

(٤) استئناف مغلط ٧ مارس ١٩٠٧ (١٩ ص ١٦٩) .

(٥) استئناف مغلط ١٣ فبراير ١٩٢٣ (٣٥ ص ٢١٣) .

(٦) مصر الابتدائية ٢٨ نوفمبر ١٩٠٣ (دائرة محمود رشاد بك والقاضي حافظ عبد النبي والقاضي أحمد قنح) الاستقلال ٤ رقم ٥١٠ ص ٥٧٨ المحقوق ٢٠ رقم ١٠٧ ص ٢٥٦ . وقد تأيد هذا الحكم استئنافا في ٢ مايو ١٩٠٥ .

وعليه فلا يمكنه أن يحرم هذا الأخير من حقه في الأخذ بالشفعة بحجة أن العقد الذى بيعت به العين تسجل قبل تسجيل اعلان طلب الأخذ بالشفعة^(١).

وترفع الدعوى على البائع الأخير ، لا على البائع الأصلي ، لأن البيع الأول يعتبر كما قلنا غير موجود بالنسبة للشفيع ، ويكون البائع الذى يجب رفع دعوى الشفعة عليه هو البائع الأخير^(٢).

وقد حكم بأن طلب الشفعة لا ينشئ حقا ضد المشفوع منه شخصيا . فإذا لم يبق المشتري الأول مالكا للعقار ، فلا توجد أية رابطة قانونية بينه وبين الشفيع ، الا اذا أصبح ، بسبب أفعاله الحاصلة بسوء نية ، مسئولاً قبله بناء على شبهة جنحة^(٣).

(١) ميت غمر الجزئية ٧ مايو ١٩٠٨ (القاضى مصطفى النحاس) المجموعة ٩ رقم ١٣٠ ص ٣٠٥ الفهرست العشرية الأولى للمجموعة رقم ٨٥٣ . وجاء في هذا الحكم :

« وحيث انه وان كان تسجيل هذا البيع سابها على تسجيل اعلان الأخذ بالشفعة الا أنه حصل بعد تاريخ الاعلان المذكور وعلم للدعى عليهما به ، وهذا كاف بتعلق حق الدعى بالعين المبيعة ، فلا يسرى عليه كل تصرف يحصل بينهما بعد هذا الاعلان . أما اشتراط التسجيل فلم يكن الا فى فائدة الغير دون الدعى عليهما .

« وحيث انه لا عبرة بما أبداه للدعى عليهما من أن البيع الثانى رد للبيع الأول لعدم قيام المشتري بدفع الثمن ، اذ أن البيع الأول تم بمجرد توقيع صيغته بدون تعليق على شرط ما فى عقده ، فيكون البيع الثانى يما قائما بذاته أيضا كما هو واضح من نصه ، وقد صدر بعد اعلان الدعى للدعى عليهما بأخذ العين المبيعة بالشفعة ، فيكون تهريبا من حقه ، ولا يسرى عليه » .

(٢) دى هلنس نبذة ١٩٦ .

ولا نوافق الأستاذ ذهني بك على ما يقوله من أن المشتري الأول لا يدخل دعوى الشفعة ولا يكون خصما فيها ، بل يدخل فيها المشتري الثانى فقط مع البائع الأصلي ، وان الشفيع يحل محل المشتري الثانى قبل البائع الأصلي ، وأنه اذا استحق العقار المشفوع كلا أو بعضا لا يرجع الشفيع الا على البائع الأصلي ، لا على المشتري الثانى ولا على المشتري الأول الخ (ذهني بك « فى الأموال » نبذة ٥٢١) — لا نوافق على ما يقوله ، ونرى أنه اذا باع للمشتري العين التى اشتراها فان دعوى الشفعة ترفع على المشتري الثانى والبائع له (أى المشتري الأول) ، وأن الشفيع اذا قضى له بالشفعة يحل محل المشتري الثانى قبل المشتري الأول ، ويستبرع البيع كأنه حصل من المشتري الأول للشفيع ، أى أن الشفيع يتبرع بخلف للمشتري الأول ، وهو الذى يرجع عليه الشفيع فى حالة الاستحقاق .

(٣) استئناف مخطط ٢٥ مارس ١٩١٨ (٣٠ ص ٣١٣) .

٤٣٧ - الطعن في البيع الثاني بالصورية - للشفيع أن ينزع المشتري الثاني إذا رأى أن مشتراه صوري بقصد منع الشفعة بالثمن والشروط التي حصل بها البيع الأول ، وإذا أثبت ذلك يحكم له بالشفعة بالثمن الحقيقي ^(١) . ويلاحظ أنه إذا كان الثمن الصوري الذي يضمن فيه الشفيع يزيد على نصاب القاضى الجزئى ، وكان ثمن البيع الأول من نصاب القاضى الجزئى ، فإن الدعوى ترفع أمام المحكمة الكلية ، لأن الثمن المذكور في البيع الثاني ، وإن كان الشفيع يضمن فيه بالصورية ، فإنه يخرج الدعوى من اختصاص القاضى الجزئى ^(٢) . وليس الشفيع ملزماً بأن يعرض احتياطياً دفع الثمن الوارد في عقد البيع الثاني عند الحكم بعدم صورية هذا البيع ما لم يطلب احتياطياً الحكم له بالشفعة في البيع الثاني ولم يكن طلبه مقصوراً على الشفعة في البيع الأول . وعلى ذلك فدعوى الشفعة مقبولة في هذه الحالة بالرغم من عدم العرض الاحتياطي ^(٣) .

٤٣٨ - والبينة على الشفيع إذا ادعى أن البيع الثاني الصادر من المشتري كان بيعاً صورياً حصل بقصد الهروب من الشفعة ^(٤) .

وللشفيع أن يلجأ الى اليمين الحاسمة serment décisoire لاثبات صورية البيع الثاني ^(٥) . وهذه اليمين يجب عليه أن يوجهها الى المشتري الثاني ، لأن

(١) المنصورة الابتدائية أول فبراير ١٩١٧ (دائرة فوزى المطيعي بك والقاضى حسن رفعت والقاضى عبد الوهاب عزت) الحقوق ٣٣ رقم ٢٢ ص ٤٣ مجموعة ناصر ١٢١٠ .
استئناف أهلى ٢٠ يناير ١٩١٥ (دائرة محمد توفيق رفعت بك وعبد الحميد رضا بك ومستر كلايكوت) الفرائع ٢ رقم ١٧٢ ص ١٥٤ مجموعة ناصر ١٢٠٩ .
راجع أيضاً استئناف مخطط ١٢ فبراير ١٩١٤ (٢٦ ص ٢٢٤) ، ٣١ ديسمبر ١٩١٤ (٢٧ ص ١٠٠) ، ٢١ فبراير ١٩٢٢ (٣٤ ص ١٩٢) .

(٢) ذهني بك « في الأموال » نيفتة ٥٢١ .

(٣) استئناف مخطط ١٨ يناير ١٩٢٧ الحاماة ٨ رقم ٤٠٦ ص ٦١٤ الجدول العشري الأول للحاماة رقم ١٠٦٠ .

(٤) استئناف مخطط ١٣ فبراير ١٩٢٣ (٣٥ ص ٢١٢) الحاماة ٣ رقم ٤٤٢ ص ٥٤٤ الجدول العشري الأول للحاماة رقم ١٠٤٩ .

(٥) استئناف مخطط ١٥ نوفمبر ١٩٠٦ (١٩ ص ٦) .

المشتري الأول في حالة يعمه يعتبره القانون من الغير tiers ، فلا تربطه بالشفيع أية رابطة قانونية ^(١) .

وقد حكم بأن اليمين التي يوجهها الشفيع الى المشتري الأول عن حقيقة الثمن الذي اشترى به لا تكون مقبولة ، لأنها غير متعلقة بالشفعة الموجهة ضد المشتري الثاني ^(٢) .

٤٣٩ — وإذا قام الشك في صحة البيع الثاني وجب تفسير الشك في مصلحة للدعى عليه في دعوى الشفعة ^(٣) .

وحكم بأن كون المشتري الثاني أما أو أختاً أو أخاً لمن باع لا يكفي وحده لاعتبار العقد صحيحاً . وكون البيع الثاني حصل بثمن أعلى من الثمن الأول بكثير يثير الشك في صحة العقد في الظاهر فقط اذا كان الشفيع لا ينكر أن ثمن الصفقة الثانية أقل من ثمن المثل ، ولا سيما اذا كان العقد المعلنون فيه قد أمضى وأثبت تاريخه قبل طلب الشفعة ^(٤) .

وبأن تحرير عقد رسمي بالبيع الثاني بعد تسجيل طلب الشفعة بخمسة شهور يعتبر قرينة على عدم صحة البيع الثاني الحاصل بمقد عرفي ^(٥) .

٤٤٠ — والشفيع الذي يحرم من حقه بسبب تأخير في الطلب لا تكون له صفة في العطن بالصورية في البيع الثاني الذي بنى عليه حق شفيعته ^(٦) .

٤٤١ — ويترتب على المادة ٩ للتقدم ذكرها التي تقضى بأن الشفعة انما

(١) استئناف مخطط ٢٤ ابريل ١٩٢٣ (٣٥ من ٣٩٨) .

(٢) استئناف مخطط ٢٤ ابريل ١٩٣٢ المحاماة ٤ رقم ٥٩٦ من ٧٨٨ ، الجدول المصري الأول للمحاماة رقم ١٠٩٥ .

(٣) استئناف مخطط ١٣ فبراير ١٩٢٣ (٣٥ من ٢١٢) المحاماة ٣ رقم ٤٤٢ من ٥٤٤ .

(٤) استئناف مخطط ١٣ فبراير ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٤٤٢ من ٥٤٤ الجدول المصري الأول للمحاماة رقم ١٠٩٤ .

(٥) استئناف مخطط ١٨ يناير ١٩٢٧ (٣٩ من ١٧١) المحاماة ٨ رقم ٤٠٦ من ٦١٤ الجدول المصري الأول للمحاماة رقم ١٠٧٩ .

(٦) استئناف مخطط ٣ ابريل ١٩١٣ (٢٥ من ٢٨١) .

تطلب من المشتري الثاني منع الشفعة إذا كان البيع حاصلًا من الأصول إلى الفروع. فإذا باع للمشتري العين المشفوعة إلى ولده قبل طلب الشفعة فلا شفعة^(١).

٤٤٢ — وإذا باع المشتري العقار موضوع الشفعة فإنه لا يكون ملزمًا قبل المشتري الثاني بأي ضمان قانوني لنزع العقار منه بسبب استعمال حق الشفعة، بل يجب على المشتري الثاني أن يحاط لهذا الخطر ويمنع رفع دعوى الشفعة على البائع له بشروط عقد هذا الأخير^(٢).

٤٤٣ — التصرف في جزء من العقار — إذا بيع جزء من العقار المشفوع قبل أن يسجل طلب الشفعة، وكان الجزء للبيع جزءًا مفردًا *divise*، فالتفيع أن يجزأ دعواه ويرفضها على المشتري الأول وحده من أجل الجزء الذي استبقاه، أو على المشتري الثاني وحده من أجل الجزء الذي يبيع له، وله أن يرفضها بالكامل على الاثنين^(٣).

وإذا بيع جزء شائع من العقار المشفوع قبل تسجيل طلب الشفعة، فإذا حرم الشفيع من حق الشفعة قبل المشتري الثاني لهذا الجزء، أو إذا تنازل عن حقه في الشفعة قبله، فإنه بمقتضى المادة ١١ لا يقبل منه أن يشفع ضد المشتري الأول في الجزء الشائع الذي استبقاه، لأن الشفيع يكون في نفس المركز الذي يكون فيه لو أن العقار يبيع في مبدأ الأمر على الشيوع للمالك الحاليين^(٤).

٤٤٤ — (ب) التصرفات الحاصلة بعد تسجيل طلب الشفعة — إذا وقعت

تصرفات المشتري بعد تسجيل طلب الشفعة فقد نصت المادة ١٢ على أن :

« كل رهن من المشتري^(٥) Sont sans effet à l'égard du

(١) قارن الراي باشا بنية ١٦ .

(٢) استئناف مخطط ٢٠ مارس ١٩٠٢ (١٩ من ١٧٦) .

(٣) استئناف مخطط ٢٦ أبريل ١٩٠٦ (١٨ من ٢١٩) .

(٤) استئناف مخطط ٢٦ أبريل ١٩٠٦ (١٨ من ٢١٩) .

(٥) يشمل الرهن : الرهن التأميني والرهن الجليازي العقاري، وإن كان النص الفرنسي

لا يشير إلا إلى الرهن التأميني .

préempteur, les inscriptions hypothécaires et les affectations spéciales prises contre l'acquéreur, de même que toutes ventes et tous autres droits réels par lui consentis ou acquis contre lui, postérieurement à la date de la transcription qui devra être faite de la déclaration de préemption, conformément à l'article 14 ci-après. Néanmoins les créanciers privilégiés ou hypothécaires conserveront leurs droits de préférence sur le prix de l'immeuble revenant au préempté ».

وكل حق اختصاص حصل عليه دائئوه وكل بيع^(١) وكل حق عيني قبله المشتري أو اكتسبه الغير ضده بعد التاريخ الذى سجل فيه طلب الشفعة طبقا للمادة الرابعة عشرة الآتية لا يسرى على الشفع، ويبقى مع ذلك لأصحاب الديون الممتازة وللدائنين المرتهنيين ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل للشفوع منه من ثمن ذلك العقار^(٢) .

فبناء على المادة ١٢ أصحاب الحقوق العينية الذين حصلوا على حقوقهم من المشتري بعد تسجيل طلب الشفعة ليس لهم أن يحتجوا بحقوقهم على الشفع، ولو كانت مسجلة أو مقيدة . ويؤخذ من المادة ١٢ بمفهوم المخالفة أن الذين حصلوا على حقوقهم قبل تسجيل طلب الشفعة لم أن يتمسكوا بها، ولكن يلزمهم تسجيل حقوقهم أو قيدها إذا كان ذلك ضروريا للاحتجاج بحقوقهم على الغير، إذ أن الشفع، وقد أصبح بمقتضى المادة ١٣ خلف البائع المباشر، يعتبر من الغير بالنسبة للشفوع منه^(٣) .

والجزء الأخير من المادة ١٢ — الذى يقرر أنه يبقى لأصحاب الديون الممتازة وللدائنين المرتهنيين ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل للشفوع منه من ثمن

(١) أو مقايضة أو نحو ذلك، وإن كان النص لم يذكر إلا البيع، إذ لا مبرر للتمييز — ذهنى بك نبذة ٥٢١ .

(٢) استئناف ٢٧ مارس ١٩٠٢ (١٤ ص ٢٣٢) الاستقلال ٢ رقم ١٧٤ ص ١٨١ ، ١٧ أبريل ١٩١٧ (٢٩ ص ٣٧٢) .

مصر الابتدائية ١٧ يولييه ١٩٠٧ (دائرة إبراهيم وجيه بك والقاضى توفيق زاهر والقاضى على ماهر) الاستقلال ٥ رقم ٢٠٤ ص ٤٦٧ .

(٣) فورجير ٣٣٢ — دى هلتس ١٨٩ .

العقار — لا ينطبق الا اذا كان المشتري قد دفع الثمن الى البائع ، فان الشفيع في هذه الحالة يسدد الثمن الى المشتري الذي قام بدفعه ، ويستعمل أصحاب الديون الممتازة والدائنون المرتهنون حقوق أولويتهم على هذا الثمن . أما اذا لم يكن المشتري قد دفع الثمن الى البائع ، فان الشفيع يقوم بدفعه اليه ، وفي هذه الحالة لا يكون لأصحاب الديون الممتازة والدائنين المرتهنيين حق الأولوية على الثمن .

البناء والغراس

٤٤٥ — في الشريعة الإسلامية — اذا جدد المشتري في العقار المشفوع شيئا لم يكن موجودا من قبل ، فان الزيادة التي جردها اما أن تكون لها قيمة بعد تقضها ، كالبناء والغرس والزرع ، واما أن لا تكون لها قيمة بعد تقضها ، كطلاء البناء بالجير والألوان .

فاذا كانت الزيادة مما له قيمة بعد تقضه ، كأن بني في العقار أو غرس أشجارا ، فاما أن يكون هدم البناء وقلع الأشجار لا يضر بالأرض ، وفي هذه الحالة يكون للشفيع أخذ البناء أو الغرس بقيمتها مستحقين للهدم أو للقلع ، زيادة على ثمن الشفعة ، وبين أن يكلف للمشتري بالهدم والقلع ويأخذ الأرض خالية منهما ^(١) .

وان كان الهدم أو القلع يضر بالأرض كان للشفيع أخذ البناء أو الأشجار مستحقين للهدم أو القلع ولو جبرا على المشتري ، وله تحمل الضرر وتكليفه بالازالة .

هذا هو رأي الامام ومحمد ، والعلّة فيه هي أن المشتري بني أو غرس في محل تعلق به حق متأكد للغير من غير تسليط من له الحق ، فيكون متعلّيا بالنسبة اليه .

وعند أبي يوسف والشافعي ومالك يخير الشفيع في الحالتين بين أمرين ، اما أخذ البناء أو الغراس بقيمتها فأتمين ، أي مستحقين البقاء ، وتعتبر القيمة يوم

الأخذ، وأما ترك الشفعة، وعلة ذلك أن المشتري غير متعدد لثبوت ملكه في الشراء، فلا يسمّل معاملة المتعدّي بتكليفه بالقلع أو تركه بقيمته مستحقاً للهدم أو القلع.

وإذا كان ما زيد له نهاية معلومة، كالزرع، فليس للشفيع إجبار المشتري على قلعه استحصانا، إذ لا ضرر عليه في بقاءه، لأنه يترك الأرض بالأجرة حتى يحصّد الزرع.

وإذا زاد المشتري على العقار المشفوع شيئا مما لا قيمة له بعد قبضه، بأن يبيضه أو صبغه بالألوان، فإن الشفيع يكون بالخيار أن شاء أخذه بالثمن وقيمة الزيادة، وإن شاء ترك الشفعة^(١).

٤٤٦ — في قانونه الشفعة — نص قانون الشفعة في المادة ١٠ منه على حكم البناء والقراس، فقرر أنه :

« إذا بنى للمشتري في العقار المشفوع أو غرس فيه أشجارا قبل طلب الأخذ بالشفعة يكون الشفيع ملزما، بناء على رغبة المشتري، أما أن يدفع له ما صرفه، أو ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء والقراس^(٢) ».

Si les constructions ou les plan- أما إذا حصل البناء أو

(١) مرشد الحيران المادة ١٣٠ — المجلة المادة ١٠٤٤ — كتاب المعاملات للشيخ أبي الفتح بك ص ٨٧ وما بعدها — شرح مرشد الحيران ص ١١٢ وما بعدها — الفتاوى الهندية ٥ من ١٨٠.

(٢) وهذا موافق لرأى أبي يوسف والثاقبي ومالك .
راجع الطائرين الجزئية ١٣ أكتوبر ١٩٢٩ الحاماة ١٠ رقم ٣٩١ ص ٧٨١ المجلد
العصرى الأول للحاماة رقم ١٠١٤ مجموعة ناصر ٤٧١٠ .

tations sont faites postérieurement à la déclaration de préemption, le préempteur peut exiger qu'elles soient enlevées. S'il préfère les garder, il n'est tenu qu'au paiement des matériaux et de la main-d'œuvre ou au remboursement des frais de plantations. Néanmoins les dépenses nécessaires pour la conservation de l'immeuble devront toujours être remboursées à l'acquéreur préempté ».

الفراش بعد طلب الأخذ بالشفعة
فلشبيع الخيار ان شاء طلب
ازاتها وان شاء طلب بقاءها وفي
هذه الحالة لا يلزم الا بدفع
قيمة الأدوات وأجرة العمل
أو مصاريف الفراش (١).

أما ما صرف في حفظ العقار
وصيافته فيلزم دفعه في كل الأحوال
للمشتري المشفوع منه (٢).

فليس للشفيع حين اعلانه طلب الأخذ بالشفعة أى حق قبل المشتري ،
فليس له أن ينازعه في حقه كمالك قبل هذا الاعلان ، والمشتري وحده هو
الذى له حق التصرف في ملكيته ، فله أن يشرع في الهدم أو في البناء ، ولا يجبر
المشتري على إعادة الأملأك الى حالتها الأولى ، وعلى الشفيع أن يدفع اليه المصاريف
النافعة التي أنفقها (٣).

وليس للمشتري الذى يوجه اليه اعلان الشفعة أن يطلب زيادة القيمة
الناجمة عن البناء والأعمال التي أوجدها بعد هذا الاعلان ، فليس له حق الا في
قيمة الأدوات وأجرة العمل أو في مصاريف الزرع اذا أراد الشفيع أن
يحفظ به (٤).

وقد حكم بأن أتعاب القاول الذى كلفه المشتري قبل الشفعة بتحضير
رسوم وبيانات عن مصاريف العقار المراد بناؤه على الأرض المشتراة تدخل من

(١) وهنا موافق لرأى الامام .

(٢) استئناف مخطط ٢٦ يناير ١٩٠٥ (١٧ ص ١٠٢) الاستغلال ٤ رقم ٧١ ،
ص ٥٤٨ .

(٣) راجع استئناف مخطط ٢ يناير ١٩٠٢ (١٤ ص ٧١) ، ٣ فبراير ١٩٠١
(١٣ ص ١٠١) .

(٤) استئناف مخطط ٢٦ يناير ١٩٠٥ (١٧ ص ١٠٢) .

ضمن المبالغ التي يلزم الشفيع بدفعها ، ولكن يترتب على دفع هذه الأتعاب أن تصير هذه الرسوم والبيانات ملكا للشفيع ^(١) .

٤٤٧ — مصاريف تحسين العين — للمشتري أن يطالب الشفيع بالمصاريف التي صرفها لتحسين حالة العين . أما المصاريف العادية التي يستلزمها الاستغلال وفوائد ثمن العين فلا حق له بطلبها من الشفيع ، ما دام قد استحوذ على الربيع ^(٢) .

٤٤٨ — وإذا تبين أن زيادة قيمة الأرض المشفوع بها لم تكن ناتجة عن اصلاح أحدثه المشتري فيها ، بل هي زيادة عامة حصلت لعموم الأراضي ، فلا وجه للحكم بقيمة تلك الزيادة ^(٣) .

(١) استئناف مختلط ٨ مارس ١٩٢٧ (٣٩ ص ٣٠٩) .

(٢) مصر الابتدائية ١٩ ابريل ١٩٠٢ ، وقد تأيد استئنافا في ١٦ ديسمبر ١٩٠٢ ، المحاكم ١٣ ص ٢٨٦٤ الحقوق ١٧ ص ٢٧٨ مجموعة ناصر ١٢١١ .

راجع استئناف ١٨ مارس ١٩١٤ (دائرة أحمد موسى بك ومستر برسيفال ومحمد شكرى باشا) الفرائع ١ رقم ٢٧١ ص ١٤٦ مجموعة ناصر ١٢١٢ .
استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر ١٩٠٠ (١٣ ص ٦٦) .

(٣) استئناف ١٤ فبراير ١٨٩٥ الحقوق ١٠ ص ١٣٠ القضا ٢ ص ١٨٠ مجموعة ناصر ١٢٢١ .

حق استرداد الحصة المبيعة قبل القسمة

Retrait d'indivision

٤٤٩ — حالة الشيوخ التي تترتب عليها القسمة تأتي اما من طريق الارث ، واما بسبب عقد ، كالشركة ، أو الشراء ، أو الهبة ، أو الوصية الخ^(١). أما في الحالة الأولى فان الوارث يمكنه أن يبيع حصته المشاعة ، اما لو ارث مثله أو لشخص أجنبي . وقد نص كثير من الشرائع على اعطاء باقى الورثة الحق في أن يستردوا لأنفسهم الحصة المبيعة لأجنبي ، لكي يمنحوا ذلك الأجنبي من الدخول بينهم . وفي القانون الفرنسى يعرف هذا الحق بحق الاسترداد الوراثى Retrait successoral ، وهو مقصور على حالة الارث ، ولا يكون الا فى حصة شائعة فى جميع أموال التركة ، ثابتة أو منقولة ، أو فى جزء من حصته فيها ، فلا وجود لهذا الحق اذا كان التنازل عنه حقا فى عقار معين على الشيوخ بين الورثة ، كما سيبحث .

وفى الشركات المدنية يجوز للشركاء أن يبيعوا حتهم فيها اذا وجد نص صريح فى عقد الشركة يبيع ذلك ، أو اذا اتفق جميع الشركاء على ذلك . والشريك فى الملك المشاع فى الأحوال الأخرى قد يبيع نصيبه أيضا لشريك معه أو لأجنبي .

فى كل أحوال الشيوخ المقدمة اذا حصل البيع لأجنبي فان القانون المصرى يعطى شركاء البائع فى الحصة المبيعة الحق فى استردادها لأنفسهم بشروط مخصوصة . وهذا الحق مذكور فى المادة ٤٦٢ / ٥٦١ مدينى .

٤٥٠ — حق الاسترداد الوراثى فى القانون الفرنسى^(٢) —

تكلم القانون الفرنسى فى حق الاسترداد الوراثى فى المادة ٨٤١ التى جاء فيها :

(١) راجع كتابنا « لللكية والحقوق المدنية » جزء ١ نبذة ٣٠٤ وما بعدها .

(٢) راجع :

Bandry-Lacantinerie & Wahl - Des successions, t. III, § 2575 et s.

Dalloz Pratique, t. XI, mot : "Succession", § 1287 et s.

« Toute personne, même parente du défunt, qui n'est pas son successeur, et à laquelle un cohéritier aurait cédé son droit à la succession, peut être écarté du partage, soit par tous les cohéritiers, soit par un seul, en lui remboursant le prix de la cession ».

« ليكل ورثة المتوفى أو لأحدهم أن يخرجوا من القسمة كل شخص لم يكن وارثا، ولو كان قريبا للمتوفى، تنازل له أحد الورثة عن حقه في التركة، وذلك بأن يدفعوا له ثمن الحق التنازل له عنه ».

٤٥١ — من الاسترداد في القانون المصري — نصت المادة ٤٦٢ من المجموعة المدنية الأهلية على أنه :

« Les copropriétaires originaires peuvent, jusqu'au partage, racheter la part indivise qui aurait été vendue par l'un d'eux à un tiers, en lui remboursant le prix, les loyaux coûts et les dépenses nécessaires et utiles ».

« يجوز للشركاء في الملك قبل قسمته بينهم أن يستردوا لأنفسهم الحصة الشائعة التي باعها أحدهم للغير ويقوموا بدفع ثمنها له والمصاريف الرسمية والمصاريف الضرورية أو النافعة ».

ويلاحظ أن النص الفرنسي للمادة ٤٦٢ قد ورد فيه لفظ « الأصليين » بدلا لفظ « الشركاء »، وهذا اللفظ غير وارد في النص العربي .

والنص الفرنسي للمادة ٤٦٢ الأهلية مطابق لنص المادة ٥٦١ المختلطة .

فحق الاسترداد المنصوص عليه في المادة ٤٦٢/٥٦١ لا يوجد إلا في حالة بيع مالك على الشيوخ حصته الشائعة كلها أو بعضها لأجنبي .

٤٥٢ — ويوجد في المجموعة المختلطة مادتان لا مثيل لهما في المجموعة

Josserand, t. III, § 1059 et s.

Planiol, Ripert, Maury et Vialleton, t. IV, Successions § 551 et s.

Benoit - Du retrait successoral, Paris 1847.

Desjardin - Du retrait successoral, revue Pratique, t. XXX, 1870. p. 497.

Guyot - La renaissance des retraites, Revue Critique, 1924. p. 104.

Héan - Revue Pratique, t. XVIII, 1864.

Labbé - Etude sur les retraites, Revue Critique, 1855.

الأهلية ، وما للاتان ٥٦٢ و ٥٦٣ ، وهذا نصهما :

المادة ٥٦٢ :

« Chacun des communistes a droit à la préemption, dans la proportion de sa part indivise; il a droit à la préemption pour le tout en cas d'abstention des autres . »

للكل واحد من الشركاء الحق في الشفعة بقدر حصته الشائعة ، وله الحق في الشفعة بالنسبة للكل في حالة عدم الرغبة من الباقين .

المادة ٥٦٣ :

« La préemption peut s'exercer même contre le copropriétaire qui toutefois a un droit de retention pour sa part dans la propriété commune » .

تجوز الدعوى بالشفعة حتى على الشريك في الملك الذي يكون له مع ذلك حق الحبس بالنسبة ل حصته في الملك المشترك .

ولم يبلغ قانون الشفعة المادتين ٥٦٢ و ٥٦٣ مختلط ، ولم ينقلها قانون الأهلى ، والظاهر أنه لم ير لها فائدة^(١) ، لتكلمه في الشفعة في موضع آخر ، فضلا عن أن عبارة المادة ٥٦٣ غير صحيحة ، إذ أنها تقرر أنه اذا اختار المالك على الشيوع طريق الشفعة ، فان للمالك الحق في أن يدفع ضده بحق الحبس بالنسبة ل حصته في الشيوع . وعبارة « حق الحبس » المذكورة في هذه المادة ليست صحيحة ، فان النص يشير الى الحالة التي يبيع فيها أحد الشركاء في الملك حصته لشريك آخر ، وهي الحالة التي لا يجوز فيها استعمال حق الاسترداد ، وبما أن حق الشفعة لا يكون الا في الشيء المبيع ، فلا يفهم السبب الذي لأجله يرجع الى حق الحبس للاحتفاظ بالشيء الذي لم يكن داخلا في البيع ، وبالتالي في دعوى الشفعة^(٢) .

٤٥٣ — حقوق استرداد أخرى — جاء القانون المصري بحق استرداد

(١) دى هلنس ، كلمة «retrait» ، نبذة ٥ .

(٢) دى هلنس نبذة ١٧

آخرين يشبهان حق استرداد الحصة المبيعة قبل القسمة ، أو حق الاسترداد في الشيوع retrait d'indivision . وهذان الحقان هما :

(١) حق الاسترداد في بيع الوفاء pacte à réméré (للمادة ١٥١٨/١٥١٩ وما بعدها) ، وبمقتضاها يكون للبائع حق استرداد الشيء المبيع في مدة معينة ، ومصدره الاتفاق ، فهو حق استرداد اتفاقي retrait conventionnel .

(ب) استرداد الحق المتنازع فيه Retrait litigieux (للمادة ١٥١٨/١٥١٩) ، وبمقتضاه اذا باع الدائن الحق المتنازع فيه فانه يجوز للمدين استرداده بدفعه للمشتري الثمن الذي اشترى به وفوائده والمصاريف المنصرفة .

وجاء القانون الفرنسي بحق استرداد البائع وفاء ، وبحق الاسترداد الوراثي retrait successoral (المادة ٨٤١) ، واسترداد الحق المتنازع فيه retrait litigieux (المادة ١٦٩٩ — ١٧٠١) ، كما جاء بحق استرداد الشيوع retrait d'indivision (للمادة ١٤٠٨ ققرة ٢) خوله الزوجة لاسترداد الحصة التي يشتريها زوجها في عقار لها حصة شائعة فيه .

وكان يوجد في القانون الفرنسي القديم عدد كبير من حقوق الاسترداد ، بلغت خمسة وعشرين نوعا ، ولكن القانون الفرنسي لم ينقلها ، ولم يأت منها الا بحقوق الاسترداد للتقدم ذكرها .

٤٥٤ — وحق استرداد الحصة المبيعة قبل القسمة ، لحق الاسترداد الوراثي في فرنسا ، عبارة عن نزع ملكية حقيقي لفنعة الخاصة .

وقد انتقد الشراح في فرنسا ابقاء نظام حق الاسترداد الوراثي ، وودوا لو أن الشارع ترك هذا الحق ، ولم يأت به كما فعل بالنسبة لحقوق الاسترداد العديدة التي تركها .

وقد نبذ الشارع الايطالي هذا الحق ولم يأت به .

وستكلم في حق استرداد الحصة المبيعة قبل القسمة ، مع مقارنته بحق الاسترداد الوراثي عند الضرورة ، ولا تكلم في حقوق الاسترداد الأخرى ، لأنها لا تدخل في حيز بحثنا .

٤٥٥ — مآخذ المادة ٤٦٢/٥٦١ — اختلفت الآراء في مأخذ المادة

٤٦٢/٥٦١ التي جاءت بحق استرداد الحصة المبيعة قبل القسمة .
 فعظم أحكام المحاكم على أنها مأخوذة من المادة ٨٤١ فرنسي . وبعضها يقرر
 أن الشارع المصري أتى بها من القانون الفرنسي على سبيل الاطراد . وبعضها
 يقول انه توسع فيها فلم يقصرها على التركات ، بل جعلها تشمل الشركات أيضا .
 وبعضها يقرر أن الشارع لم يقصرها على البيوع التي تقع في حصص شائعة في
 مجموع حقوق والتزامات التركة أو الشركة ، بل انها تنطبق أيضا على بيع حصة
 شائعة في عقار معين في تركة أو شركة . وبعضها يقول غير ذلك كما سيحيى .
 ويرى بعض الشراح أن المادة ٤٦٢/٥٦١ مأخوذة من المادة ١٤٠٨ الخاصة
 بحق استرداد الشيوخ الذي يحول الزوجة حق استرداد الحصة الشائعة التي
 يشتريها زوجها في عقار لها حصة شائعة فيه ^(١) .

ومن رأى بعضهم أن حق استرداد الحصة المبيعة ، كما ورد في المادة ٤٦٢ ،
 كان حقا معروفا في القانون الفرنسي القديم ، وهو غير حق الاسترداد الوراثي
 المنصوص عليه في المادة ٨٤١ فرنسي ، فاذا أريد تلمس غرض الشارع المصري
 ونأيته من المادة ٤٦٢ لا يرجع الى المادة ٨٤١ فرنسي ، بل يجب الاهتداء بشروط
 استعمال الحق الذي كان معروفا في القانون الفرنسي القديم ، وهي شروط سمحة
 لا تقيد فيها على الاطلاق ^(٢) .

(١) مقال نجيب شقرا بك المحامي بمجلة الاستقلال ٥ س ١٥٨ .

(٢) الأستاذ زكي عربي المحامي ، المحاماة ٢ س ٢٠١ — ٢٠٣ الجدول العشري الأول
 للمحاماة رقم ١٧٩٥ . وقد استدلل على رأيه بالرجوع الى بوتيه Pothier ، اذ ورد في باب
 حقوق الاسترداد : Les Retraits :

Il y a quelques autres espèces de retrait, tels que celui que quelques coutumes accordent aux propriétaires par indivis d'une chose lorsque l'un d'entre eux vend sa part indivise à un étranger.

(بوتيه جزء ٣ ص ٢٥٩ طبعة باريس ١٨٦١) .

وجاء في ديغولمب عند الكلام في حق الاسترداد الوراثي :

Quelques-uns, il est vrai, ont pensé que le retrait successoral pourrait bien avoir été occasionné par l'ancien retrait de bienséance et de communion. On ap-

ومن رأى بعضهم أن المادة ٤٦٢/٥٦١ ليست منقولة عن القانون الفرنسى^(١).

من لهم حق الاسترداد

٤٥٦ - الشركاء فى الملك - أعطى القانون حق الاسترداد للشركاء

فى الملك الذى تباع حصة فيه ، وقال فى النسخة العربية للمادة ٤٦٢ من المجموعة الأهلية « يجوز للشركاء فى الملك » ، ولكن النص الفرنسى للمادة فى المجموعتين الأهلية والمختلطة ذكر فيه « للشركاء الأصليين فى الملك copropriétaires originaires » ، وبما أن المادة ٤٦٢ نقلت برمتها ، من القانون المختلط ، فى القانون الأهلى الصادر بعد القانون المختلط ، فالظاهر أن كلمة « الأصليين » لم تهمل عن عمد فى النص العربى للمادة المذكورة ، وبناء على ذلك لا يكون هذا الحق الا للشركاء الأصليين .

وهذا الشرط ، فضلا عن صراحته فى النص ، فانه متفق مع حكمة التشريع التى تنحصر فى أن الشارع أراد المحافظة على كيان الشركة بين أشخاص أعضائها الأصليين الذين ألقوها أو الذين كانوا موجودين وقت انشائها ، سواء أكان منشؤها الارث أم التعاقد ، فحولهم حق اخراج من يتدخل فيها من الأجانب وحلولهم محله ، لما يترتب عادة على تدخل الأجنبى من الارتباك الضار بأمور الشركة ، سواء أثناء قيامها أم عند تصفيتها^(٢).

وقد سارت المحاكم المختلطة على أن هذا الحق لا يمنح الا للشركاء الأصليين^(٣).

pelait autrefois de ce nom le droit qui était accordé par quelques coutumes à tous les copropriétaires d'immeuble de racheter la part indivise que l'un d'eux avait vendue à un étranger, cette espèce de retrait aussi existe en droit romain, jusqu'au règne de Théodore le Grand.

(١) راجع ما جاء فى مقال أحمد لطفى بك المحامى فى مجلة المحاماة ١ ص ٧٥ وما بعدها .

(٢) أسبوط الكلية ٢٩ ديسمبر ١٩٢٠ (دائرة سلامه ميخائيل بك والقاضى محمد توفيق

المطار والقاضى جندى عبد الملك) المجموعة ٢٣ رقم ٧ ص ٧ .

(٣) استئناف مختلط ٧ فبراير ١٩٠٧ (١٩ ص ١٢٤) ، ٦ يونيو ١٩٠٥ (١٧ -

وكذلك قضت المحاكم الأهلية بأن غرض الشارع إنما هو الوارد، بالنص الفرنسي، أى أن حق الاسترداد لا يمنح إلا للشركاء الأصليين^(١).

٤٥٧ — **الشركاء الأصليون** — الشركاء الأصليون هم الشركاء الذين ابتدأت بهم حالة الشيوخ، أى الذين نشأ الشيوخ بينهم من مبدئه بأية طريقة كانت، سواء أتى الشيوخ بالارث، أم بالشراء، أم بالوصية، أم بالهبة، أم بغير ذلك^(٢)، فيعتبر شركاء أصليين الورثة الذين بدأ بهم الشيوخ، والشركاء فى عقد تأسيس الشركة، والمشترون على الشيوخ، أو من امتلكوا العقار بالعقد^(٣). وقد حكم بأن وارث الشريك الأصل لا يعتبر شريكا أصليا، لأنه بحسب أحكام الشريعة الإسلامية لا يتم شخصية مورثه^(٤).

(١) ص (٣٢٧)، ١١ يناير ١٩٢١ (٣٣ ص ١٢٧)، ١٨ نوفمبر ١٩٢٤ (٣٧ ص ١٦).

(٢) ملطما الابتدائية ١٢ مايو ١٩١٧ المجموعة ١٩ رقم ٩ ص ٨.
ملطما الابتدائية ٢١ أكتوبر ١٩١٧ المجموعة ١٩ رقم ١٨ ص ٢٧ الفهرست المقررة الثانية للمجموعة رقم ٧٣٦.

(٣) راجع ملطما الابتدائية ١٢ مايو ١٩١٧ المجموعة ٢٩ رقم ٩ ص ٨.
(٤) استئناف مغلط ٢٦ يونيو ١٩١٢ (٢٤ ص ٤١٩)، ٢٠ يونيو ١٩٢٢ (٣٤ ص ٤٨٧).

(٤) استئناف مغلط ٣١ ديسمبر ١٩١٤ (٢٧ ص ١٠٠) — أسبوط الابتدائية ٢٩ ديسمبر ١٩٢٠ (دائرة سلامة ميخائل بك والقاضى محمد توفيق المطار والقاضى جندى عبد الملك) المجموعة ٢٣ رقم ٧ ص ١٠ : ان القول بأن الوارث يكمل شخص المورث ولا يعتبر شخصا جديدا بالنسبة له قول غير صحيح ، لأن الأمر على عكس ذلك فى الصيغة الإسلامية التى تعتبر الوارث شخصا آخر غير شخص المورث، فلا تلزمه مثلا بدويته الا بقدر ما يرثه عنه . ومن رأى الأستاذ ذهنى بك (« فى الأموال » : ٥٥٢) أن الورثة ملاك على الشيوخ ، سواء كانوا فى الأصل فى الشيوخ بسبب الارث من مورثهم ، أو كانوا ورثة لأحد المالكين على الشيوخ ، فخوا عمله فى الشيوخ ، لأنه عقب وفاة المالك على الشيوخ لا يجوز لبقية الملاك أن يستردوا حصة التوفى التى تؤول لورثته ، لأن انتقال الملكية بالارث لا يعتبر يعا يجوز فيه بالاسترداد .

قارن دى هلنس : ٩ ص ١٣٧ .
وفى القانون الفرنسى يجوز للورثة استعمال الحق الذى كان لمورثهم .

ولا يعتبر المحتال cessionnaires الذي تحول اليه الحق من الشريك الأصلي شريكا أصليا ، فليس له إذن أن يستفيع بحق الاسترداد ^(١) .
وكذلك من اشترى الحصة من الشريك الأصلي ، لا يعتبر شريكا أصليا ، لأن حق الاسترداد يمكن استتماله ضده هو لغاية القسمة ^(٢) .

وفي قضية باع أب لولديه عقارا لكل نصفه على المشاع ، ثم باع أحدهما حصته لآخر ، ثم استصدر الأب من ولده الثاني عقدا بالنصف الذي كان قد باعه له ، فأصبح شريكا للولد الآخر ، وارتكنا على هذه الشركة الجديدة طلب استرداد ما باعه ابنه الأول . قررت محكمة جرجا الجزئية ^(٣) أنه يؤخذ من ذلك صراحة أن الأب لم يكن شريكا للبائع وقت انشاء الشركة ووقت البيع ، بل كان الشريك هو ابنه الثاني ، وهو وحده صاحب الحق في طلب الاسترداد ، أما الأب فهو دخيل على الشركة ، وكان يجوز للابن الثاني أن يسترد منه ما اشتراه من أخيه .

ويؤخذ من نص المادة ٤٦٢/٥٦١ أن حق الاسترداد لا يكون الا في حالة البيع الحاصل من شريك أصلي كما سيجيء ^(٤) .

٤٥٨ — رأى بجواز استرداد الشركة غير الأصليين — من رأى بعض المحاكم أن حق الاسترداد يجوز لأي شريك ، سواء أكان أصليا أم تلقى الحق

(١) استئناف مخطط ٦ يونيو ١٩٠٥ (١٧ ص ٣٢٧) ، ٧ فبراير ١٩٠٧ (١٩ ص ١١٤) .

(٢) استئناف أهلى ٢١ يناير ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ٨٠ ص ٢٥٦
استئناف مخطط ٧ فبراير ١٩٠٧ (١٩ ص ١١٤) ، ٢٦ يونيو ١٩١٢ (٢٤ ص ٤١٩) ، ٣ يناير ١٩٢٨ (٤٠ ص ١١٦) .

(٣) جرجا الجزئية ١٧ مايو ١٩٢٠ (القاضى سلامة ميخائيل بك) المجموعة ٢٢ رقم ١٠٤ ص ١٦٦ مجموعة ناصر ٣٢٤٨ .

(٤) استئناف مخطط ٣١ ديسمبر ١٩٠٤ (٢٧ ص ١٠٠) . وقد قرر هذا الحكم أنه اذا أقر أحد الشركاء الأصليين وقبل البيع الحاصل من أحد الشركاء الى أجنبي فلا يكون له حق الاسترداد اذا باع هنا الأخير حصته في العقار ، ونفط يكون له الحق في رفع دعوى الشفعة .

عن شريك أصلى . وقد قررت محكمة طنطا^(١) أن الشارع قصد من تقرير حق الاسترداد تمكين الشركاء في الملك من أن يخرجوا من بينهم شخصا طارئا عليهم قد يتضررون منه ، وقد تصعب معه عملية القسمة ، قرر هذا الحق للشركاء الأصليين ، ولم يرد بالشركاء الأصليين من نشأ بينهم الشيوع من بادىء الأمر دون سواهم ، بل من وجد بينهم الشيوع قبل بيع الحصة المطلوب استردادها ، لأنه يحق لهم جميعا أن يتضرروا من شخص طارئ عليهم ، وأخرج بذلك الشركاء الطارئین بعد بيع الحصة الذين ليس لهم أن يتضرروا من حالة سابقة على نشوء حقهم ، وزادت المحكمة أن هذا التفسير يؤيده سياق النص ، فإن المادة أجازت للشركاء الأصليين استرداد الحصة التي باعها أحدهم للغير ، فأخرجت بذلك الحصة التي باعها شريك طارئ قبله الشركاء الأصليون ، فاذا اعتبر أن الشركاء الأصليين هم من نشأ بينهم الشيوع من بادىء الأمر ما جاز لهؤلاء الشركاء استرداد الحصة التي باعها شريك طارئ كانوا قبلوه ، مع أنه لا موجب للترقية بين البيع الذي يصدر عن شريك من بدء الشيوع والبيع الذي يصدر عن شريك متأخر عنه ، اذ كلاهما قد يضر بمن هم شركاء في الملك وقت البيع^(٢) .

٤٥٩ — وليس للمائى الشركاء استعمال الحق بطريق الدعوى غير المباشرة *action oblique* ، للنصوص عليها في المادة ١٤١/٢٠٢/ ١١٦٦ ، لأن حق الاسترداد متصل بالشخص^(٣) .

(١) طنطا الابتدائية ٢٢ أكتوبر ١٩١٨ (دائرة مراد سيد أحمد بك والقاضى يوسف مينا والقاضى جمال الدين أباطة) المجموعة ٢٠ رقم ٧٦ ص ٩٥ الحقوق ٣٥ ص ٢٩ مجموعة ناصر ٣٢٥١ .

(٢) راجع دى هلنس نبذة ٩ ص ١٣٧ .
راجع أيضا استئناف مخطط ٢٧ مارس ١٩٠٢ (١٤ ص ٢٠٤) : المقصود من الشركاء الأصليين ليس الذين بدأ بهم الشيوع خصب ، بل أيضا كل من دخلوا في حالة الشيوع قبل الملك الجديد الذى يتحول القانون اخراجه .
ومن هذا رأى أيضا ذهبى بك « في الأموال » نبذة ٥٥٢ .

(٣) بلائيول وريبير ومورى نبذة ٥٥٦ — أوبرى ورو ١٠ نبذة ٦٢١ ثالثا ونوطة ٣٢ .

عكس ذلك : بودرى لاكتنرى وفاهل ٣ نبذة ٢٦٣١ .

ضد من يستعمل حق الاسترداد ؟

٤٦٠ — نص القانون على أن حق الاسترداد لا يرفع الا على من اشترى الحصة الشائعة متى كان أجنبيا عن الشركاء un tiers ، وبناء على ذلك اذا كان المشتري هو أحد الشركاء الأصليين فلا محل لحق الاسترداد ، لانعدام العلة التي وضع هذا الحق من أجلها ، اذ أن حق الاسترداد وضع لامكان اخراج الأشخاص الذين لم يشتركوا في الشيوع عند بدئه — من القسمة ، لأن عملية القسمة عملية دقيقة دائما ويخشى أن يؤدي وجود دخيل فيها الى ارتباكات يصعب التغلب عليها ^(١) .

٤٦١ — واذا رضى الشركاء في الملك بدخول أجنبي بينهم باع اليه أحد الشركاء حصته لا يمنهم ذلك من استعمال حق الاسترداد بالنسبة لغيره ^(٢) .

٤٦٢ — وليس من اللازم أن يقيم الشريك المسترد الدليل على وجود ضرر من بقاء المشتري الأجنبي بين الشركاء ^(٣) .

التصرفات التي يترتب عليها استعمال حق الاسترداد

٤٦٣ — بيع حصص شائعة — لا يجوز استعمال هذا الحق الا في حالة بيع حصص شائعة من أحد الشركاء في الملك لأجنبي ، كما هو صريح نص المادة . فاذا كان البيع واقعا على حصص معينة في الأموال للشائعة فلا محل لحق

(١) مصر الابتدائية الأهلية أول فبراير ١٩٢٣ (دائرة اسكندر عازر بك ومستر بارن وأحمد نظيف بك) المحاماة ٥ رقم ٦٦٥ ص ٨١٣ الجداول المصرية الأول للمحاماة رقم ١١١٠ مجموعة ناصر ٦٤٦٥ .

(٢) طنطا الابتدائية ١٥ ديسمبر ١٩١٩ (دائرة عبد الحميد بدوى بك والفاضى محمد صديق والفاضى أحمد فائق) المجموعة ٢٢ رقم ٩ ص ١٨ المحاماة ١ رقم ٧ ص ٣٧ مجموعة ناصر ٣٢٥٤ .

(٣) راجع ما تقدم خاصا بآليات الضرر في الشفعة (نبذة ٨) .

الاسترداد^(١)، وذلك لأن المشتري في هذه الحالة لا يصير مالكا الا متى حصلت القسمة، وظهر منها أن ما بيع وقع في حصة البائع له، وبما أن حق الاسترداد يسقط بحصول القسمة، فمتى عملت لا يمكن استعماله، فضلا عن أن مثل هذا البيع لا يعطى المشتري حق التدخل في أحوال الشيوع والاطلاع على أسرار^(٢).

٤٦٤ - كل أموال الشيوع - حق استرداد الحصة الشائعة

التي يبيعها الشريك للغير ليس مقصورا على الملك للوروث، بل يتناول كل شيوع مهما كان أصله، سواء أكان الارث أم الشركة أم الشراء أم الهبة أم الوصية أم غير ذلك^(٣).

وهل يكون في الشيوع في غير الملكية التامة؟ قد يكون الشيوع في الرقبة وقد يكون في حق الانتفاع، فهل يخول مثل هذا الشيوع حق الاسترداد؟ الذي نراه هو أن الشيوع في ملك الرقبة يعطى الشريك حق الاسترداد^(٤)، أما الشيوع في حق الانتفاع فلا يعطى يترتب عليه منح الشريك هذا الحق، لأن صاحب حق الانتفاع لا يستبر شريكا في الملك، والنص الخاص بالاسترداد استثنائي فلا يجوز التوسع فيه.

٤٦٥ - بيع بعض حصص الشريك - يجوز الاسترداد سواء أكان المبيع هو كل حصة الشريك أم كان جزءا منها.

(١) كفر الشيخ الجزئية (القاضي رياض رزق الله) ١١ يناير ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٤٩٩ ص ٨١١ الجدول المصري الأول للمحاماة رقم ٩٧٨ .
جرجا الجزئية ١٧ مايو ١٩٢٠ (القاضي سلامة ميخائيل بك) المجموعة ٢٢ رقم ١٠٤ ص ١٦٦ مجموعة ناصر ٣٢٤٨ .

(٢) استئناف ١٧ ديسمبر ١٩٣٠ (دائرة مراد وهب بك ومحمود على سرور بك وسليمان السيد بك) المحاماة ١١ رقم ٣١٧ ص ٦٣٨ مجموعة ناصر ٦٤٦٢ .

(٣) استئناف مخطط ١٨ نوفمبر ١٩٢٤ برئاسة باقيريا (٣٧ ص ١٦) المحاماة ٥ رقم ٢٤٦ ص ٢٨٨ الجدول المصري الأول للمحاماة رقم ١١١١ ، ١١ يناير ١٩٢١ (٣٣ ص ١٢٧) .

(٤) عكس ذلك : ذهني بك « في الأموال » نبذة ٥٥١ .

٤٦٦ - في مجموع مقرون والالتزامات أو في عقار معين - قد اختلف

فما اذا كان حق الاسترداد يجوز استعماله فقط في حالة البيع الذي يقع على حصة شائعة في مجموع الحقوق والالتزامات في الملك المشترك أو أنه يجوز استعماله أيضا في حالة بيع حصة شائعة في عقار معين .

قرر بعضهم أنه لا يجوز الا في حالة بيع أحد الشركاء حصته الشائعة في مجموع الحقوق والالتزامات في تركة أو جزء من حصة فيها شائعة ، ولا يجوز في حالة بيع حصة شائعة في شركة ^(١) ، أى أنهم يقصرون حالات حق الاسترداد المقرر بمقتضى المادة ٥٦٢/٥٦١ على الحالات التي يجوز فيها حق الاسترداد الوراثي في فرنسا (مدني فرنسي ٨٤١) .

وقرر بعضهم أن حق الاسترداد يجوز استعماله في حالة بيع حصة شائعة في مجموع الحقوق في تركة أو شركة ، لأن القانون المصري استمد أحكام المادة ٥٦٢/٥٦١ من المادة ٨٤١ فرنسي ، ولكنه توسع فيها وجعلها تشمل أيضا الشركات ^(٢) .

وقرر بعض آخر أن حق الاسترداد يجوز في حالة بيع حصة شائعة في مجموع شركة أو تركة أو في عقار معين ^(٣) ، لأن نص المادة ٥٦٢/٥٦١ عام .
وسنفصل كل ذلك عند مقارنة حق الاسترداد بحق الشفعة ، ونبين الآراء المختلفة في هذا الموضوع .

٤٦٧ - البيع من أحد الشركاء الأصليين - يؤخذ من نص المادة

٥٦٢/٥٦١ أن حق الاسترداد لا يكون الا في حالة البيع الحاصل من أحد الشركاء الأصليين ، لأن المادة تقول « يجوز للشركاء (الأصليين) في الملك قبل قسمته بينهم أن يستردوا الحصة الشائعة التي باعها أحدهم لغيره » ، فالضمير في أحدهم عائد على الشركاء (الأصليين) . فاذا كان البيع صادرا عن تلقى الحق عن

(١) راجع استئناف مخطط ١١ يناير ١٩٢١ (٣٣ ص ١٢٧) - ونبذة ٥٠٠ .

(٢) راجع نبذة ٥٠٢ .

(٣) راجع استئناف مخطط ٧ فبراير ١٩٢٨ (٤٠ ص ١٨٠) - ونبذة ٥٠٤ .

الشريك فلا يجوز الاسترداد^(١) . ونجوز الشفعة اذا توافرت شروطها .

٤٦٨ — هل يجوز الاسترداد في حالة البيع بالمراد ؟ — لا يجوز — كما هو الحال بالنسبة للشفعة — استعمال حق الاسترداد فيما بيع بالمراد . وقد قضت بذلك دوائر محكمة الاستئناف المختلطة مجمعة^(٢) .

٤٦٩ — البيع الفاسد — يجوز استعمال حق الاسترداد ، ولو كان البيع فاسدا ، بسبب قص الأهلية مثلا ، لأنه تترتب عليه الآثار القانونية حتى يفسخ^(٣) . فاذا ألغى البيع بحكم أصبح نهائيا قبل الاسترداد فان الاسترداد لا يمكن استعماله ، بل انه يسقط اذا ألغى البيع ، ولو بعد القسمة ، بسبب الأثر الرجعي .

٤٧٠ — البيع المعلق على شرط عدم الاسترداد — اذا علق البيع على شرط عدم استعمال حق الاسترداد ، فهل يمنع ذلك من استعماله ؟ من رأينا ، كما في الشفعة ، أن الاسترداد جائز ، والشرط باطل . وقد اختلف في ذلك في فرنسا بالنسبة لحق الاسترداد الوراثي ، فرأى بعض الشراح أن مثل هذا الشرط

(١) استئناف مختلط ٣١ ديسمبر ١٩١٤ (٢٧ من ١٠٠) .

(٢) استئناف مختلط (دوائر مجمعة) ٨ ديسمبر ١٩٢٠ (٣٣ من ٥٥) .

استئناف مختلط ٢٦ يولييه ١٩١١ (٢٣ من ١٣٨) ، ١٠ مارس ١٩٢٥ (٣٧ من ٢٧١) .

المادة ٣ من قانون الشفعة .

راجع ما تقدم بنقطة ٢١٠ وما بعدها فيما يختص بالشفعة .
والموضوع مختلف فيه في فرنسا بالنسبة لحق الاسترداد الوراثي ، فن رأى بعضهم أنه لا يجوز في حالة البيع بالمراد (ديولومب ١٦ بنقطة ١٠٠) — ديمانت ٣ بنقطة ١٧١ مكررة — باريس ١٤ يولييه ١٨٣٤ سيري ٣٦ — ٢ — ١١٣ . ويقول معظم الشراح والمحاكم ان حق الاسترداد جائز ، ولا يتراض بأنه كان للورثة أن يقسموا للبراء بالمراد ، لأنه ليس هناك ما يلزمهم بذلك ، وقد لا يكون لديهم القود اللازمة للزيادة (بودري لاكستري وفاهل بنقطة ٢٥٩٤ و ٢٦١٣ — لوران ١٠ بنقطة ٣٧٠ — ليون ١٩ يولييه ١٨٤٣ تحت حكم النقض ٢٥ يولييه ١٨٤٤ سيري ٤٤ — ١ — ٦٠٥ — باريس ١١ مارس ١٨٥٩ .
Gaz. des Trib. ١٤ و ١٥ مارس ١٨٥٩) .

(٣) راجع ما تقدم بنقطة ١٧٤ بخصوص الشفعة .
وراجع أيضا ما تقدم بخصوص البيع المعلق على شرط (بنقطة ١٨٧ وما بعدها) .

غير مشروع ، لأنه يترتب عليه حرمان الشريك من حق منحه القانون اياه ، فهو باطل ، ويجوز الاسترداد . ورأى بعضهم أن الشرط صحيح ، لعدم مخالفته النظام العام ، ولعدم وجود نص قانوني يمنع من اشتراطه ^(١) .

٤٧١ — عقود المعاوضة غير البيع — لا يجوز الاسترداد الا في حالة البيع ، كما هو ظاهر من نص المادة ٥٦٢/٥٦١ . فلا يجوز في حالة للمقايضة أو غيرها من عقود المعاوضة ، كما هو الحال في الشفعة .

٤٧٢ — لا يجوز الاسترداد في حالة التبرعات — عقود التبرعات ، كالهبة ، لا يصح الاسترداد فيها ، لقصره على حالة البيع كما تقدم ، ولأن حق الاسترداد جاء على خلاف القواعد العامة ، فلا يصح قانونا توسع فيه ، وان كانت الأسباب التي من أجلها وضع حق الاسترداد موجودة في حالة الهبة .
واذا كانت الهبة لم تعمل الا لاختفاء البيع ، فانه يكون للشريك حق الاسترداد بعد اظهار حقيقة التصرف .

والهبة المستترة لا تخضع لحق الاسترداد ، لأنها ليست بيعا .

٤٧٣ — عدم قابلية الاسترداد للتجزئة — اذا كان الشريك الذي يطالب بالاسترداد واحدا كان له الحق في طلب كل الحصة التي يبيع للأجنبي . وليس له أن يطلب بعضها ، ويترك الباقي ، لأن العلة في تحويل الشريك حق الاسترداد هو استبعاد الأجنبي ، فلو ترك له بعض الحصة التي اشتراها ما تحقق الغرض الذي قصد من الاسترداد .

واذا تعدد الشركاء المستردون ، وطلب أحدهم الحصة المبيعة ، ولم يطلب الباقون ، فللذي طلب الحق في كل الحصة المبيعة .

واذا طلبوا الاسترداد جميعا اقتسموا الحصة المبيعة بنسبة انصبتهم في الشيوع ^(٢) .

(١) راجع بودري لاكتنري وقامل نبذة ٢٦١٤ — ديمولوب ١٦ نبذة ١٠٤ .

وراجع ما تقدم في الشفعة (نبذة ١٩٩) .

(٢) راجع ما تقدم بخصوص تراحم الشفاء (نبذة ١٣٢) .

٤٧٤ — ولا يكفي أن يكون الطلب مقدما من أحد الشركاء لحرمان باقيهم من حق الاسترداد ، ولا يحرمون الا اذا أصبح لأحدهم حق مكتسب خاص به . فاذا طالب أحد الشركاء بالاسترداد ، وتدخل باقي الشركاء أو بعضهم ، قبل تسليم المشتري بالاسترداد أو قبل حكم المحكمة ، فانه يكون لهم الاستفادة من الاسترداد بقدر انصابتهم في الأعيان المشتركة ^(١) .

٤٧٥ — واذا كان البيع الحاصل للأجنبي يشمل حصص جملة شركاء فان حق الاسترداد يكون بالنسبة لكل الحصص للبيعة ، والا ضاع الغرض الذي وضع من أجله حق الاسترداد اذا ترك بعض البيع ^(٢) .

ميعاد حق الاسترداد

٤٧٦ — لم تنص المادة ٥٦١/٤٦٢ على ميعاد محدود يجب فيه على الشريك في الملك المشاع أن يتمسك بحقه ، بل قررت المادة أن حق الاسترداد يجوز استعماله قبل قسمة الأموال المشتركة . فيجوز للشريك أن يتمسك بهذا الحق حتى حصول القسمة ^(٣) ، ومتى تمت القسمة واختص كل من الشركاء بنصيبه مفرزا — سواء أبطريق الاقتراع أم بطريق التخصيص — ينتهي حق

== ويرى بعض الفراح في فرنسا ، فيما يختص بحق الاسترداد الوراثي ، أن القسمة تكون بدد رؤوسهم ، لا بقدر أنصابتهم : بودرى وقاهل نبذة ٢٦١٦ — لوران نبذة ٣٧٢ — عكس ذلك : ديمولومب ١٦ نبذة ٦٩ و ٧٠ — تولوز ١١ فبراير ١٨٨٨ سيري ٩٠ — ٢٢٢٢ .

(١) بلانيول وريبير ومورى نبذة ٥٥٧ .

(٢) بودرى لاكتنزي وقاهل نبذة ٢٦١٩ — ديمولومب ١٦ نبذة ١١٩ — تولوز ٢٢ فبراير ١٨٤٠ سيري ١٨٤٠ — ٢ — ٣١٨ .

(٣) استئناف أهلي ٧ ديسمبر ١٩٢٠ (دائرة محمد حمز باشا ومستر كرشو وصالح حق بك) المحاماة ١ رقم ٩٥ ص ٤٧٨ ، ٢ رقم ٦ ص ١٠ ، ١٠ فبراير ١٩٢٠ (دائرة محمد حمز باشا ومسيو سودان ومستر كلايكوت) المجموعة ٢١ رقم ٩٣ ص ١٥١ المحاماة ١ رقم ٦١ ص ٣٣٧ مجموعة ناصر ٣٢٥٣ .

استئناف مغلط ٢٣ مارس ١٩١١ (٢٣ ص ٢٣٧) .

الاسترداد^(١) .

وإذا كانت القسمة لم تتم فصلاح الاسترداد في أثناء اجراءاتها ، حتى إذا كان طالب القسمة هو المشتري^(٢) .

وليس من الواجب على الشريك ابداء رغبته في الاسترداد في ميعاد خمسة عشر يوما من وقت العلم ، كما هو الحال في الشفعة^(٣) .

ويترتب على حصول القسمة استحالة استعمال حق الاسترداد . ولا يشترط حيازة المتقاسمين لما يختصون به .

وإذا كانت القسمة قضائية وجب صدور حكم التصديق jugement d'homologation .

وإذا أبطلت القسمة أو فسخت ، أصبح الاسترداد ممكنا ، سواء أكان البيع الذي ترتب عليه الاسترداد حاصلًا بعد طلب الفسخ أم قبله^(٤) .

والقسمة التي يسقط بها حق الاسترداد هي القسمة النهائية . فلا تسقطه قسمة المهادنة .

وإذا سمح الشركاء للمشتري بالدخول في العمليات الأولى للقسمة فانه لا يترتب على ذلك سقوط حق الاسترداد ، فقد يجد الشركاء فيما بعد أسبابا تلجئهم لاستعماله ، ولكن يجب لذلك ألا تكون القسمة قد انتهت^(٥) .

(١) دالوز العملي نبذة ١٣٤٣ .

(٢) قارن استئناف مخطط ١٧ مايو ١٨٩٣ (٥ ص ٢٤٩) : ليس للشركاء الأصليين حق الاسترداد اذا قضى بالقسمة بحكم لاز قوة الشيء المحكوم فيه ، ولم يبق الا اتباع اجراءات القسمة .

وراجع استئناف مخطط ٣ فبراير ١٩٢٠ (٣٢ ص ١٤٩) .

(٣) استئناف مخطط ٦ ابريل ١٨٩٩ (١١ ص ١٤) ، ١٤ نوفمبر ١٩٠٧ (٢٠ ص ٦) ، ٧ فبراير ١٩٢٨ (٤٠ ص ١٨٠) .

(٤) بودري لاكتنري وفاهل نبذة ٢٦٥٧ و ٣٠٤٣ — ديولومب ١٦ نبذة ٨٩ — دالوز العملي ١٣٤٦ .

(٥) بلانيول وريير ومورى نبذة ٥٥٨ .

٤٧٧ - هل يجوز التنازل عن حق الاسترداد؟ - للشريك في الملك أن يتنازل عن حقه في استعمال حق الاسترداد ، لأن الاسترداد وضع لمصلحة ، وخصوصا أن في استطاعته التنازل عنه ضمنا بعدم استعمال الاسترداد .
وقد صدرت مجلة أحكام بجواز التنازل عنه صراحة أو دلالة . فقد قررت محكمة طنطا الابتدائية ^(١) أنه لا يكون قبول الشريك نهائيا ومانعا من استعمال حق استرداد حتى تصبح القسمة نهائية ، ويجوز الرجوع فيه حتى تقرر الأنصاء .

وقررت محكمة الاستئناف المختلطة أن حق الاسترداد يسقط اذا صدر من الشريك ما يدل على اعترافه بالمشتري شريكا معه أو على رضائه بالبيع الحاصل لأجنبي ^(٢) .

وكذلك قررت محكمة الاستئناف الأهلية ^(٣) .

وحكم بأنه لا يؤخذ من تأخير طلب القسمة تنازل الشريك عن حق استرداده ^(٤) .

اجراءات استعمال حق الاسترداد

٤٧٨ - اذا كان الاسترداد حاصلًا في أثناء اجراءات القسمة يكون طلبه بصفة فرعية بمجرد التقرير بالرغبة فيه . ولكن اذا كان الاسترداد حاصلًا قبل

(١) طنطا الابتدائية ١٥ ديسمبر ١٩١٩ (دائرة عبد الحميد بدوى بك والقاضي محمد صديق والقاضي أحمد فائق) المجموعة ٢٢ رقم ٩ ص ١٨ المحاماة ١ رقم ٧ ص ٣٧ مجموعة ناصر ٣٢٥٢ .

(٢) ٥ مارس ١٨٩٦ (٨ ص ١٤٨) ، ٢٢ مارس ١٩٠٠ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ١٢ ص ١٧٥ ، ١٦ يونيو ١٨٩٥ (٧ ص ٣٤٥) . واذا باع المشتري حصته في العقار فليس للشريك رفع دعوى الاسترداد ، وإنما له أن يرفع دعوى الشفعة (استئناف مختلط ٣١ ديسمبر ١٩١٤ (٢٧ ص ١٠٠) .

(٣) ٢٦ يناير ١٩٠٤ الاستقلال ٢ ص ٢٩١ .

(٤) استئناف مختلط ١٨ ديسمبر ١٩٠١ (١٤ ص ٥٢) .

طلب القسمة فانه يرفع بدعوى أصلية كسائر الدعاوى .

ولم يأت القانون بإجراءات خاصة لحق الاسترداد كما فعل بالنسبة لحق الشفعة ، فطبق القواعد العامة . والأحكام الواردة في الشفعة المخالفة للقانون العام ، مثل الأحكام الخاصة بميعاد الاستئناف ، لا تطبق في حق الاسترداد^(١) . وترفع الدعوى على المشتري الأخير . وله أن يدخل في الدعوى من تلقى منه الحق ، بسبب الضمان الذي قد يكون له حق الرجوع به عليه^(٢) . وقد حكم بأنه يجب ادخال البائع في الدعوى الخاصة بحق الاسترداد ، سواء أكان ذلك أمام أول درجة أم في الاستئناف^(٣) .

ويموز رفع الدعوى حتى تحصل القسمة كما تقدم . ولا تسقط الدعوى قبل ذلك بالتقدم .

وليس للمشتري أن ينذر الشركاء الذين لم حق الاسترداد بوجوب المطالبة بالاسترداد في مدة معينة والاسقط حقهم . وإذا أنذر المشتري الشريك فالشريك ألا يجيب ، لأن القانون أعطاه ميعادا يستمر في السريان حتى وقت القسمة ، فليس للمشتري أن ينقص هذا الميعاد^(٤) .

ولا يلزم عرض التين عرضا حقيقيا ، ويكفي أن يظهر المسترد استعداده لدفعه^(٥) .

ما يجب دفعه في حالة الاسترداد

٤٧٩ — حق الاسترداد هو نوع من نزع الملكية للنفعة الخاصة ،

(١) استئناف مخطط ٢٦ ديسمبر ١٩٠٧ (٢٠ من ٤٣) .

(٢) بودرى لاكتنرى وقاهل نبنة ٢٦٣٣ — Labbé في المجلة الانتقادية ١٨٥٥ نبنة

١٥٣ — قارن ديمولومب ١٦ نبنة ١١١ .

(٣) استئناف مخطط ٧ فبراير ١٩٢٨ (٤٠ من ١٨٣) .

(٤) دى هلنس نبنة ١٢ .

(٥) دالوز السلي نبنة ١٣٣٦ — بودرى لاكتنرى وقاهل ٣ نبنة ٢٦٦٧ —

أويرى ورو ١٠ نبنة ٦٢١ ثالثا ونوتة ٥٨ — ديمولومب ١٦ نبنة ١١٤ و ١٢١ —

لوران ١٠ نبنة ٣٧٩ .

فيجب تعويض من تنزع ملكيته من كل ما أنقذه .

ويجب على طالب الاسترداد أن يقوم بدفع ما نصت عليه المادة ٤٦٢ / ٥٦١ ، أى الثمن والمصاريف الرسمية والمصاريف الضرورية أو النافعة .

٤٨٠ — الثمن — الثمن الواجب القيام بدفعه هو الثمن الحقيقي ، لا الثمن المذكور في عقد البيع بصفة صورية ، فقد يذكر في عقد البيع ثمن مبالغ فيه بقصد منع حق الاسترداد ، فإذا ثبت وجود هذا الغش فإن المسترد لا يكون ملزماً إلا بدفع الثمن الحقيقي . ويمكن إثبات ذلك بجميع الطرق القانونية ، بما فيها البيينة . ويجوز توجيه اليمين إلى المشتري ، ولكن لا يجوز توجيهها إلى البائع ، لأنه ليس طرفاً في الدعوى ^(١) .

٤٨١ — وإذا كان الثمن محدوداً بشكل مرتب مدى الحياة *rente viagère* فإن كان البائع قد مات وقت استعمال الاسترداد فإن المرتب ينقضى ، ولا يدفع المسترد إلا مجموع المرتبات *arrérages* التي دفعها المشتري بالفصل ^(٢) . أما إذا كان لا يزال حياً فإنه يجب عليه أن يرد المبالغ التي دفعت وأن يلتزم بدفع المرتبات اللاحقة بحيث لا يكون المشتري مهدداً بأي رجوع لاحق ^(٣) . وليس له أن يطلب دفع رأس المال *capital* ، كما أنه لا يمكن إلزامه بذلك ^(٤) .

٤٨٢ — **المصاريف الرسمية** — *les loyaux coûts* الرسمية — المصاريف الرسمية التسجيل وقيمة السمسرة ، وبالاختصار كل ما قام المشتري بدفعه مما هو واجب عليه . وليس لطالب الاسترداد أن يعترض على القيمة التي دفعت ، أو على ضرورة دفعها ، ما دامت لم تدفع أو لم يبالغ فيما دفع

(١) بودرى لاكتنرى وفاهل ٢٦٣٩ .

(٢) Chambéry ١٢ فبراير ١٨٧٨ دالوز ٧٩ — ٢ — ٢٠١ سيري ٧٩ — ٢ —

٣٣٢ .

(٣) بلانيول وريبير ومورى ٥٦٠ .

(٤) بودرى لاكتنرى وفاهل نبذة ٢٦٤٣ — هوك ٥ نبذة ٣٧٨ — لوران ١٠

نبذة ٣٨٢ — ديمولومب ١٦ نبذة ١١٢ و ١١٣ .

منها اضرارا بحقوقه .

واذا كان ثمن المبيع قد يولغ فيه بطريق النش ، فان المسترد لا يلزم بالمصاريف الا بنسبة الثمن الحقيقي ^(١) .

٤٨٣ — المصاريف الضرورية أو النافعة — المصاريف الضرورية أو النافعة ، مثل مصاريف الري ، يصعب تصورها ، والظاهر أنها ذكرت في نص المادة بغير تدبر ، لأنه ما دام الشراء قد وقع على حصة مشاعة فكيف يتصور أن المشتري يدفع مصاريف وهو في حالة الشروع التي تدفع فيها المصاريف من جميع الشركاء في صالح كل المال المشترك . وإذا دفع أحدهم مصاريف على الشيء المشترك بغير أن يؤذن بالدفع من باقي شركائه كان عمله عمل فضولي *gérant d'affaires* ، وله بصفته هذه أن يرجع على باقي الشركاء بنسبة حصتهم في كل المصاريف إذا كانت ضرورية ، وفيما زاد في قيمة العين إذا كانت من المصاريف النافعة . فلماذا يرجع على المسترد بكل المصاريف وهو لم يستفد منها أكثر من غيره ؟ والمقول اذن أن يكون المسترد ملزما بدفع المصاريف الخاصة بالحصة التي يطلب استردادها . ولكن القانون صريح في إلزامه بدفع كل المصاريف الضرورية أو النافعة ، وهذا النص يفيد رغبة الشارع في وضع حد لكل العلاقات بين المشتري المطلوب رفع يده عما اشتراه وبين الشركاء الذين لم يكن لهم دخل في الاسترداد ، وأراد أن تسوى هذه العلاقات بين المسترد والمشتري . ويلاحظ أن قواعد العدالة تقضى بأن يكون للمسترد الحق في مطالبة باقي شركائه بكل ما دفعه زيادة على نصيبه .

أما إذا كان المشتري قد أنفق المصاريف بناء على توكيل من باقي الشركاء فيجب أن تدفع اليه كل المصاريف ^(٢) .

ويلاحظ فرق بين النص العربي والنص الفرنسي الأهلئ والمختلط ، فقد

(١) بودري لاكتنرى وقامل ٣ نبنة ٢٦٤٦ — ديملوب ١٦ نبنة ١٠٦ —
هوك • نبنة ٣٢٨ .

(٢) دي هلئئ نبنة ١٩ .

جاء في النص العربي « المصاريف الضرورية أو النافعة » ، أما النص الفرنسي فقد جاء فيه « Les dépenses nécessaires et utiles » ، أى المصاريف الضرورية والنافعة ، ولكن لا يقصد من ذلك أن تكون للمصاريف صفتا الضرورية والنافعة ، بل يكفي أن تكون ضرورية أو نافعة ^(١) ، وعلى ذلك فالنص العربى أصح .

ويمكن تحقيق المصاريف الضرورية والنافعة وتقديرها بمعركة الخبراء اذا لم توجد فى الدعوى عناصر يمكن تقديرها بها ^(٢) .

٤٨٤ — فوائد الثمن — يجب على المسترد أن يدفع الفوائد من اليوم الذى دفع المشتري فيه الثمن ، لا من يوم طلب الاسترداد . واذا كان المسترد منه قد حصل ثمار الشيء لزمه خصمها من مقدار ما يكون له الحق فى طلب سدادها اليه ^(٣) ، ولكنه يستبقى الثمار التى حصلها قبل طلب الاسترداد ، لأنه يعتبر حائزا حسن النية ^(٤) .

٤٨٥ — امتياز التقاسم — يكون للمسترد منه ، لضمان دفع الثمن اليه ، امتياز التقاسم *privilege du copartageant* — لا امتياز البائع — اذا ترتب على الاسترداد انقضاء الشيوع ^(٥) .

(١) استئناف مخطط ١٣ يونيه ١٩٠١ (١٣ ص ٣٧٣) .

(٢) استئناف مخطط ٢٠ ديسمبر ١٩٠٠ (١٣ ص ٦٦) .

استئناف مخطط ١٢ فبراير ١٩٢٤ (٣٦ ص ٢٢١) المحاماة ٥ رقم ٦٣ ص ٧٥ الجدول العسرى الأول للمحاماة رقم ٣٠٣ .

(٣) فيما يخص بحق الاسترداد الوراثى : جوسران ٣ نبذة ١٠٦١ — اوبرى ورو ١٠ نبذة ٦٢١ ثالثا ٥٢٩ — بودرى لاكتترى وقاهل نبذة ٢٦٤٧ — ديمولوب ١٦ نبذة ١٦ — قارن حكم Chambéry ٢٧ يناير ١٨٧٢ سبرى ٧٢ — ٢ — ٧٧ دالوز ٢٢ — ٢ — ٢٣٩ — هوك ٥ نبذة ٣٢٨ .

(٤) دالوز العملى نبذة ١٣٣٢ — Agen ٢٧ يناير ١٨٨٠ دالوز ٨٠ — ٢ — ١٨٦ Chambéry ٢٧ يناير ١٨٧٢ للتقدم .

(٥) دالوز العملى نبذة ١٣٣٤ .

ميعاد الدفع

٤٨٦ — لم يعين القانون للمسترد ميعادا لدفع الثمن والمصاريف ، فدفعها واجب في وقت وفاء المشتري بالتزامه الذي أوجبه عليه القانون ، أى وقت التخلي عن العين المشتراة . وإذا أنذر المشتري المسترد بالدفع في ميعاد عينه له لا يترتب حتماً على تأخير المسترد عن الدفع سقوط حقه في الاسترداد ، بل للمحكمة النظر في الأمر ، ولها تقرير الميعاد الذي يجب فيه الدفع بحيث إذا مضى هذا الميعاد ولم يحصل الدفع يسقط الحق في الاسترداد ، حتى لا تبقى حالة المشتري مضطربة زمناً طويلاً^(١) .

ما يترتب على حق الاسترداد

٤٨٧ — حق الاسترداد لا يسقط بالتقادم imprescriptible^(٢) ، بل يستمر حتى تحصل القسمة ، وبحصولها ينقضى . ويجوز لمن له الحق في الاسترداد التنازل عن حقه ، وقبول المشتري شريكاً ، كما تقدم^(٣) .

وإذا حصل الاسترداد محل المسترد محل المشتري ، ويعتبر المبيع كأنه بيع

(١) ملطنا الاجدائية ٢٢ أكتوبر ١٩١٨ (دائرة مراد سيد أحمد بك والفاضى يوسف مينا والفاضى جمال الدين أبظة) المجموعة ٢٠ رقم ٧٦ ص ٩٥ الحقوق ٣٥ ص ٢٩ مجموعة ناصر ٣٢٥٥ — راجع دالوز موسوعات جزء ٤١ نبذة ١٩٧٨ و ١٩٧٩ ص ٥٢٨ . محكمة Bordeaux ٢٥ مارس ١٨٥٧ سبى ٥٨ — ٢ — ٢٨٩ دالوز ٥٧ — ٢ . ١١٦ —

عكس ذلك : بودرى لاكتنرى وفاهل نبذة ٢٦٥١ .

(٢) بودرى لاكتنرى وفاهل نبذة ٢٦٦٢ — ديمولومب ١٦ نبذة ١٢٥ — لوران ١٠ نبذة ٣٧٥ . ومن رأى بعض الفراح الفرنسيين أن حق الاسترداد الوراثى ينقضى بالتقادم (ثلاثين سنة) (راجع Rennes ١٥ يناير ١٨٨٠ سبى ٨١ — ٢ — ١٨٥ دالوز ٨١ — ٢ — ١١٤) .

(٣) نبذة ٤٧٧ .

مباشرة من البائع للمسترد ، ولا يلغى عقد البيع ، وغاية ما في الأمر أن القانون يجعل شخصا يحل محل الآخر ، ولكن آثار هذا الحل تكون مقصورة على العلاقة فيما بين المسترد retrayant ومن نزع ملكه منه (المسترد منه retrayé) ، من غير مساس بالعلاقة التي ترتبت على التنازل فيما بين البائع والمشتري .

فالاسترداد عملية من نوع خاص sui generis ، وليست فسخا للبيع ، ولا ابطالا له ، وليست بيعا جديدا . فان البيع الأول يبقى ، وقطع يستبدل بالمشتري آخر ^(١) .

ولذلك يجب التفريق بين :

(أ) العلاقة فيما بين المسترد والمسترد منه .

(ب) العلاقة فيما بين البائع والمشتري .

فيما بين المسترد والمسترد منه

٤٨٨ — في العلاقة بين المسترد والمسترد منه (المشتري) يزول البيع ، ويكون لذلك أثر رجعي ، بمعنى أن المسترد لا يعتبر خلفا للمشتري الذي حل هو محله ، وذلك لا بالنسبة للمستقبل فحسب ، بل أيضا بالنسبة للماضي . فيزول شخص المشتري ، ويعتبر المسترد أنه حصل على الأموال محل الاسترداد من البائع مباشرة ، ويترتب على ذلك ما يأتي :

(١) لا يكون هناك شراء جديد .

(٢) لا ضرورة للتسجيل .

(٣) يستفيد المسترد من الأجل الممنوح للمشتري لدفع الثمن .

(١) ومن رأى يودرى لاكتنرى وظاهر (٣ نبذة ٢٦٧٤) أنه يترتب على الاسترداد الوراثي وجود بيع جديد (retrait - vente) . وقد انتقد هذه النظرية معظم الفراح ، وخصوصا اوبري ورو (١٠ نبذة ٦٢١ ثالثا وثلاثة ٦٤ و٦٧ مكررة) ، ويظهر أنها نبذت اليوم . راجع هتس فرنسي ٢٧ يناير ١٨٩٢ دالوز ٩٢ — ١ — ١١٣ سيري ٩٣ — ١ — ١٧ وتطبيق Wahl عليه .

- (٤) الحقوق العينية التي رتبها المشتري في الاثناء تسقط .
- (٥) الحقوق التي اقتصت باتحاد الذمة بسبب انتقال الحصة المبيعة تعود ، بما أن البيع الذي كان سببا في اتحاد الذمة قد سقط مستندا الى الماضي .
- (٦) لضمان على المشتري للمسترد ، وعلى ذلك لا يكون للمسترد أن يمتنع عن دفع الثمن للمشتري ، بحجة أنه مهدد باستحقاق المبيع ^(١) . ولكن يكون للمسترد حق في الضمان على البائع وفقا لقانون العام ، لأنه يستفيد من كل المزايا التي كانت للمشتري الأصل .
- (٧) بما أن المسترد يعتبر أنه خلف للبائع مباشرة ، فحيازة المشتري السابقة تحمي ^(٢) .
- (٨) يستفيد المسترد من كل المزايا التي كانت الأموال المشتراة محلا لها في المدة من وقت البيع لوقت الاسترداد ^(٣) ، وعلى الخصوص المزايا الناتجة من اقصاء المرتب مدى الحياة ^(٤) .
- (٩) بما أن الاسترداد ليس يما فلا يكون للمسترد منه امتياز البائع ، ولكن يكون له امتياز التقاسم اذا ترتب على الاسترداد انتهاء الشبوع ^(٥) .
- ٤٨٩ - تسجيل الحكم** - لا يلزم المسترد بتسجيل الطلب ولا الحكم الصادر له بالاسترداد ليتمكن الاحتجاج به على الغير ، خلافا للحال في الشفعة ^(٦) .

- (١) راجع قض فرنسي ٢٧ يناير ١٨٩٢ دالوز ٩٢ - ١ - ١١٣ - سييري ٩٣ - ١ - ١٧ وتعليق Wahl عليه - بلانيول وريبير وموري نبذة ٥٦٢ .
- (٢) اوبري ورو ١٠ نبذة ٦٤١ ثالثا ١٤٨ - بودري لاكتنري وفاهل ٣ نبذة ٢٦٧٠ - Labbé في المجلة الانتقادية ص ١٥٣ - قض فرنسي ٣١ مايو ١٨٥٩ دالوز ٥٩ - ١ - ٢٤١ .
- (٣) بودري لاكتنري وفاهل ٣ نبذة ٢٦٧٣ - ديمولوب ١٦ نبذة ١٤٦ و١٤٧
- (٤) ما تقدم نبذة ٤٨١ - Chambéry ١٢ فبراير ١٨٧٨ دالوز ٧٩ - ٢ - ٢٠١ - دالوز المملى نبذة ١٣٤٨ .
- (٥) ما تقدم نبذة ٤٨٥ - دالوز المملى نبذة ١٣٤٨ .
- (٦) أحمد لطفي بك (المجلد ١ ص ٨٥) .
- بودري لاكتنري وفاهل نبذة ٢٦٧١ - لوران ١٠ نبذة ٣٨٦ .

وقد رأى بعض الشراح لزوم التسجيل ، لأن الاسترداد متمم البيع ، إذ يستبدل بالمشتري الأصلي مشتر آخر ^(١) . ولكن لم يؤخذ بهذا الرأي ، لأن السندات التي يجب تسجيلها هي التي تشتمل بذاتها على تصرف .

ومن رأى بعضهم أنه يجب أن يؤثر بالاسترداد بهامش تسجيل البيع . ولكن يلاحظ أنه إذا لم يتم المسترد بهذا التأشير فإنه لا يترتب على عدم أجرائه أى جزاء أو سقوط يحكم به عليه ، لأنه لا يوجد نص يلزم بهذا الاجراء ، وقد يرفض أمين التسجيلات الذى يطلب منه التأشير القيام به ، لأنه ليس من الأعمال المنصوص عليها ^(٢) .

٤٩٠ — تأجيل دفع الثمن — إذا كان عقد البيع ينص على أجل لدفع الثمن ، أو على أن الثمن يدفع على أقساط ، فإن المسترد يستفيد من هذا النص ^(٣) ، وليس هذا هو الحال فى الشفعة ، لأن قانون الشفعة نص فى المادة ١٣ منه على أن الشفع لا يستفيد من مثل هذا النص الا برضاء البائع ، والعلّة فى ذلك أن القانون يفرق فى المعاملة بين المسترد والشفيع .

ويشترط أغلبية الشراح الفرنسيين ، بالنسبة لحق الاسترداد الوراثى ، تقديم كفيل ، إذا طلب للمسترد منه ذلك ، لأن الأجل يمنح مع مراعاة أحوال المشتري الشخصية *intuitu personae* ، ويجب ألا يتحمل المسترد منه نتائج

(١) تروبولوج ، السجل ، نبذة ٢٤٩ .

(٢) بودرى لاكتنرى وفاهل نبذة ٢٦٧١ .

(٣) طنطا الابتدائية ١٤ يونيه ١٩١٨ (دائرة القضاة مصطفى النحاس وحسن رفعت وبوسف مينا) المجموعة ٢٠ رقم ٥٥ ص ٦٨ مجموعة ناصر ٣٢٥٦ .

بودرى لاكتنرى وفاهل نبذة ٢٦٥٢ — ديولومب ١٦ نبذة ١٤٤ — لوران ١٠ نبذة ٣٨٥ — قرض فرنسى ٧ يناير ١٨٥٧ سبرى ٥٧ — ١ — ٣٦٩ دالوز ٥٧ — ١ — ٨١ .

عكس ذلك : هوك ٥ نبذة ٣٢٨ — Mourlon, Rev. Prat., XI, 1860, p. 246 . ويقول أنصار هذا الرأى المكس أن المسترد منه لا ينال تعويضا كاملا اذا بقى ملزما للبائع له .

اعسار المسترد^(١) .

٤٩١ - **الحقوق التي رتبها المشتري** - جميع الحقوق التي ترتبت على العين بمعرفة المشتري تسقط ، وتعتبر كأنها لم تكن ، لأن منشئها يعتبر كأنه لم يملك العين . وقد يقال ان في ذلك ضررا كبيرا لحقوق الأشخاص الذين يتعاملون مع المشتري ، ولكن هذا الرأي هو المول عليه في القانون الفرنسي في حق الاسترداد الوراثي ، وفي القانون المصري فيما يختص بالبيع الوفاائي الذي هو حق استرداد مبنى على الاتفاق^(٢) .

فيما بين البائع والمشتري

٤٩٢ - **تبقى الالتزامات الناشئة عن البيع بين المشتري والبائع** ، فالمسترد يعقد التزاما شخصيا بتعويض المشتري . ولكن لا يحل في دين المشتري قبل الشريك البائع .

ويستطيع البائع أن يطالب المشتري بالثمن المتفق عليه أو بالباقي منه ، من غير أن يكون له الرجوع على المسترد ، لأنه لم يصبح مدينا له ، بل يظل أجنبيا بالنسبة له . فالمسترد لا يحل في التزامات المشتري نحو البائع ، وان كان يحل في

(١) بلانيول وريبير وموري ٥٥٩ - أوبري ورو ١٠ نبذة ٦٢١ ثانيا ونوتة ٧ من ١٣٨ - بودري لاكتنري وقامل نبذة ٢٦٥٢ - تفض ٧ يناير ١٨٥٧ سيري ٥٧ - ١ - ٣٦٩ دالوز ٥٧ - ١ - ٨١ .

عكس ذلك : لوران ١٠ نبذة ٣٨٥ - Mouton Rev. Prat., IX, 1860, p. 223 .
ويستند هذا الرأي العكسي على أن المدين لا يطالب بتقديم كفيل الا اذا كان ملزما بذلك بمقتضى الاتفاق .

ويرد أصحاب الرأي الآخر بأن هذا صحيح ، ولكن الاسترداد ليس باتفاق ، بل هو نوع ملكية تحمل فيه ارادة المردد الصديق عليها من المحكمة محل الاتفاق ، فلمحكمة أن تصرف على تنفيذ التزام المسترد ، ويلزم الاحتياط لجل الدفع مؤكدا .

(٢) المادة ١٦٧٣/٤٣١/٣٤٥ : « عند رجوع المبيع بيع وفاء الى البائع يأخذها خاليا عن كل حق ورهن وضعه عليه المشتري ، انما يلتزم البائع بتنفيذ الايجارات التي أجرها ذلك المشتري بدون غش » بشرط أن تكون مدتها لا تتجاوز ثلاث سنين » .

حقوق المشتري^(١) . وإذا دفع المشتري الى البائع رجع على المسترد^(٢) .
 ٤٩٣ — ويجب على طالب الاسترداد أن يأخذ كل المبيع ، لا جزءا منه قط^(٣) .

٤٩٤ — وحق الاسترداد لا ينتقل الى الورثة ، لأنه في الشريعة الاسلامية لا يعتبر الوارث مكفلا لشخصية مورثه^(٤) .

٤٩٥ — بيع الحصة الشائعة ثانيا — اذا باع المشتري الحصة الشائعة التي اشتراها الى آخر فان البيع الثاني لا يمنع الشريك من أن يسترد لنفسه الحصة الشائعة المباعة عملا بأحكام المادة ٥٦١/٤٦٢ ، وكل ما في الأمر أن يلتزم طالب الاسترداد بتوجيه دعواه ضد المشتري الثاني وأن يدفع له الثمن الذي اشترى به^(٥) .

وثمن البيع الأخير هو الذي يجب على المسترد أن يقوم بدفعه ، الا اذا كان البيع السابق قد أخفى غشا . وهذا الحل يتفق مع نص القانون وروحه ، لأن الحائز الحالي يجب أن يعرض عن كل ما دفعه ، وألا يحصل على ربح ، ولا يتحمل خسارة^(٦) .

-
- (١) بلانيول وريبير ومورى نبذة ٥٦١ .
 (٢) Borleaux ٢٤ يولي ١٨٥٠ دالوز ٥٥ — ٢ — ٢١٤ تقض فرنسي ٧ يناير ١٨٥٧ دالوز ٥٧ — ١ — ٨١ — بودرى لاكتنري وفاهل ٣ نبذة ٢٦٧٩ .
 ومن رأى بعض المصراح الفرنسيين أن المسترد بما أنه معتبر أنه تعامل مع البائع فان للمشتري الأول لا تكون عليه التزامات نحو البائع . كما أنه لا تكون له حقوق عليه — Labbé في المجلة الانتقادية ١٨٥٥ من ١٤٤ وما بعدها — Mourlon من ٢٤١ .
 (٣) دى هلنس شفعة نبذة ١٠٢ .
 (٤) استئناف مخطط ٣١ ديسمبر ١٩١٤ الفرائع ٢ رقم ٢٧٢ من ٢٥٢ .
 راجع ما تقدم نبذة ٤٥٧ .
 (٥) استئناف مخطط ١٨ نوفمبر ١٩٢٤ (٣٧ من ١٧) برياسة باثييرا المحاماة .
 رقم ٢٤٦ من ٢٨٨ الجدول العشري الأول للسماعة رقم ١١١١ .
 (٦) بلانيول وريبير ومورى ٥٦٠ — بودرى لاكتنري وفاهل ٣ نبذة ٢٦٤٥ — يزانسون • يونيه ١٨٥٧ دالوز ٥٧ — ٢ — ١١١ .

والموضوع مختلف فيه ^(١) .

وقد حكم بأنه اذا أخبر الشريك شفويا بالبيع المعقود من أحد الشركاء الأصليين ، قسام الشريك في الحال بابداء رغبته في أخذ البيع بشنه وشروطه ، فان البيع الثاني الذي يعقد بعد ذلك يجب اعتباره باطلا لحصوله غشا ^(٢) .

مقارنة حق الاسترداد بالشفعة

٤٩٦ — ان وجود المادة ٤٦٢/٥٦١ الخاصة بحق الاسترداد في القانون ، مع وجود قانون الشفعة ، أدى الى اختلاف عظيم في الرأي فيما يختص بحق الاسترداد للذكور . وقد اقسمت المحاكم في هذا الصدد الى آراء مختلفة . وسنرى أن بعض هذه الآراء ينكر حق الاسترداد مع وجود حق الشفعة ، ومنها ما يجيز حق الاسترداد في بعض الأحوال دون البعض الآخر ، ومنها ما يجيز حق الاسترداد مستقلا عن حق الشفعة في جميع الأحوال .

٤٩٧ — الرأي الأول — لا عمل للمادة ٤٦٢ مع وجود قانون الشفعة — اعتبرت بعض المحاكم المادة ٤٦٢ الخاصة بحق الاسترداد منسوخة بقانون الشفعة ، وان لم ينص على ذلك صراحة ، لأنه لا معنى لأن يضرب في قانون الشفعة بميعاد ستة شهور لسقوط الحق في الشفعة في جميع الأحوال ، بما فيها حالة الشريك ، من يوم تسجيل عقد البيع ، وأن تقضى المادة ٤٦٢ باعطاء هذا الحق ولا يسقط الى ما شاء الله ، ولذلك يجب على الشريك الذي له حصة مشاعة في العقار ويرغب في استرداد الحصة المبيعة من شريكه أن يتبع أحكام قانون الشفعة ، والا سقط حقه ^(٣) .

(١) يرى آخرون أن المشتري الحق في طلب الثمن في البيع الأول ، وان كان أعلى منه في البيع الأخير : أوبري ورو ١٠ نبذة ٦٢١ ثالثا ونوة ٥٦ ص ١٤٤ — ديغولوب ١٦ نبذة ١١٠ و ١١١ .

(٢) استئناف مخطط ١٤ مارس ١٩٠٧ (١٩ ص ١٥٢) . راجع استئناف مخطط ٤ مايو ١٩١١ (٢٣ ص ٣٠٢) ،

(٣) استئناف ٧ يونيو ١٩٠٤ (دائرة يحيى ابراهيم بك ومستر ويلبور ومستر —

ولكن يرد على هذا الرأي بأن قانون الشفعة نص صراحة في المادة ٢٣ منه على إلغاء بعض مواد في المجموعة المدنية الأهلية والمختلطة ومادة في مجموعة المرافعات المختلطة ، ولم تذكر مادة الاسترداد من بين هاته المواد الملغاة .

٤٩٨ - **الرأي الثاني** - المادة ٤٦٢ خاصة بالنقول - يقرر هذا الرأي أن حق الاسترداد خاص ببيع النقول المشترك ، أما الشفعة فتكون في العقار (١) .

ولكن يلاحظ على هذا الرأي أن عبارة المادة ٤٦٢ عامة ، ولا يوجد فيها ما يدل على قصرها على النقول .

٤٩٩ - **الرأي الثالث** - المادة ٤٦٢ مقبرة لقانونه الشفعة - من رأى بعض المحاكم أن حق الاسترداد مقيد لقانون الشفعة ، لأنه لا يوجد الا في خلال حصول القسمة ، فالمادة ٤٦٢/٥٦١ تحرم اذن على الشريك حق الشفعة بمجرد اتمام القسمة ، حتى ولو كانت مواعيد الشفعة لم تنقض (٢) .

= (كوجلان) المجموعة ٦ رقم ١٦ ص ٣٣ الحقوق ١٩ ص ١٧٤ الاستغلال ٣ رقم ٣٣٢ ص ٢٢٦ مجموعة ناصر ٣٢٢٣ .

استئناف أهلى ٣١ مارس ١٩٠٦ (دائرة محمد مجدى بك ويوسف شوقي بك وأحمد حلمى بك) المجموعة ٨ رقم ١٣ ص ٢٦ الحقوق ٢٢ ص ٥٧ المحاكم ١٨ ص ٣٨٣١ مجموعة ناصر ٣٢٣٤ .

(١) استئناف أهلى ٣ يناير ١٨٩٥ (دائرة أحمد عفيفى بك وعمر رشدى بك وكوريت بك) الحقوق ١٠ ص ٥٧ .

(٢) مصر ٢٢ نوفمبر ١٨٩٢ (دائرة أحمد بليغ باشا ومستر بوند ومسيو دى هلتس) الحقوق ٧ ص ٤٠٠ مجموعة ناصر ٣٢٣٠ . « وحيث ان هذه المادة جاءت في باب تقسيم الشركات ، ومن المعلوم أن الشركة سالحة لأن تكون في عقار قطع أو في منقول قطع أو فيها معا ، ولم تخصص هذه المادة للحق المقرر فيها العقار قطع أو للنقول قطع ، فوجب لعدم تقيدها إطلاق ما ورد فيها على كل ما تنأى الشركة فيه ، على أنه قد يظهر بالإدعاء أن هذه المادة ملاحظة للنقول ملاحظة مخصوصة ، فإن الحق الوارد فيها قد سبق في باب الشفعة تقريره للشريك في العقار دون النقول ، فيتعين أن يكون مراد وضعها اعادة اطلاق الحكم الذى سبق تقريره للشريك في العقار في حق الشريك في النقول أيضا ، فجاءت المادة بهذه الكيفية العامة لافادة ذلك » .

ولكن بناء على هذا الرأي تكون القسمة من مسقطات الشفعة ، وهذه المسقطات مذكورة في قانون الشفعة ، وليس من بينها القسمة .

٥٠٠ - الرأي الرابع - المادة ٤٦٢ خاصة بحق الاسترداد

الرأى كاهو في فرنسا - ان حق الاسترداد مقصور على حالة خاصة ، وهي حالة بيع أحد الشركاء حصته الشائعة في التركة أو جزءا من حصته الشائعة فيها ، أما اذا باع أحد الورثة حصته في أعيان معينة من التركة فتجوز الشفعة في هذا البيع ، ولا يجوز حق الاسترداد ، أى أن حق الاسترداد هذا هو حق الاسترداد الوراثى Retrait successoral المنصوص عليه في المادة ٨٤١ من القانون المدنى الفرنسى .

ولكن يرد على هذا الرأى بأن المادة ٥٦١/٤٦٢ عامة ، وذكرت في باب قسمة الشركات وغيرها ، ولم يذكر فيها ما يدل على أنها خاصة بحق الاسترداد الوراثى المذكور في فرنسا في باب الميراث .

٥٠١ - الرأى الخامس - المادة ٤٦٢ منقولة من القانون الفرنسى

على سبيل الاطراء - ان حق الاسترداد للنصوص عليه في المادة ٥٦١/٤٦٢ هو حق الاسترداد الوراثى لقائدة الورثة في حالة بيع أحدهم لأجنبي نصيبه أو جزءا عاما من نصيبه ، والحكمة فيه عندم في فرنسا هي منع الأجنبي من التدخل في أحوال العائلات والتقيب على أسرارها والاضرار بسمعتها ، أما بيع العين المعينة فليس فيه مظنة الضرر ، وهم يحتاجون لذلك في فرنسا لعدم وجود نصوص الشفعة عندم ، أما في مصر فيوجد قانون للشفعة واف بحق الشركاء وذوى الجوار ، وعلى ذلك تكون المادة نقلت من القانون الفرنسى على سبيل الاطراء ، لا لفرض مخصوص ، ولا يمكن القول بأن المادة ٤٦٢ جاءت استثناء من المادة الخاصة

- ومن رأى زكى الراي باشا (نيفه ١٤١ - ص ٨٢) أنه بما أن قانون الشفعة جاء بعد القانون المدنى فيكون ملثيا ضمنا كل ما جاء فيه مخالفا لأحكامه ، وبما أن المادة ٤٦٢ تخالف أحكامه فيما يختص بليلة ، فتكون قد لغيت بالنسبة اليها .

بالشفعة ، لكونها ليست من بابها ولا من متماتها ^(١) .

ولكن هذا الرأي لا يمكن الأخذ به ، لأن الشفعة لا تجوز الا في العقار ، وحق الاسترداد يجوز أيضا في المنقول .

٥٠٢ - الرأي السادس - المادة ٤٦٢ من القانون الفرنسي

مع توسع فيها وتخالف الشفعة - ان حق الاسترداد مأخوذ من القانون الفرنسي (المادة ٨٤١) ، الا أن الشارع المصري توسع فيه ، فبدل أن يجعله ، كما في مادة القانون الفرنسي ، مقصورا على الحالة التي يكون فيها سبب الشيوع الارث ، جعله عاما لكل شركة كان سببها الارث أو غيره من شراء أو مقايضة أو هبة أو وصية أو غير ذلك ، وعلى ذلك فبدلا من أن يجعله مقصورا على الحالة التي يكون فيها المبيع الحق في الارث أو بعض الحق فيه ، كالنصف أو الثلث مثلا ، أى حق الوارث في التركة بما لها وما عليها son droit à la succession ، جعله شاملا لكل حالة يكون فيها البيع حصة شائعة في الملك المشترك بدون قيد part indivise ، فيكون في تركة أو شركة مؤلفة من مجموع حقوق أو أموال ثابتة أو منقولة ، ولا يكون في حصة شائعة في عقار معين بالذات ^(٢) ، لأن العلة

(١) استئناف ٢٦ يناير ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ٢٨ مجموعة ناصر ٣٢٣٢ .

(٢) استئناف ٢٢ ابريل ١٩١٣ (دائرة أحمد ذو الفقار بك ومينا ابراهيم بك ومستر ماك بارنت) المجموعة ١٤ رقم ٩٢ ص ١٧٧ المهرست المصرية الثانية للمجموعة رقم ٢٨٣ الحقوق ٢٨ ص ٢٦٠ مجموعة ناصر ٣٢٣٦ : الحق للنصوص عليه في المادة ٤٦٢ مدني بعضه مأخوذ من حق الاسترداد الوراثي للنصوص عليه بالمادة ٨٤١ مدني فرنسي التي تخوله الصريك في الميراث ، وبعضه مأخوذ مما جرت عليه المحاكم الفرنسية في أحكامها التي كانت تجعل نس هذه السادة شاملا لجميع الشركات ، وان كانت قد عدلت عن ذلك فيما بعد (بودري لا كتنزي ، الوارث ، طبعة ثانية ، جزء ٣ قرة ٢٥٨٢) .

راجع أيضا استئناف ١٣ مايو ١٩٢٠ (دائرة أحمد طلعت باشا ومستر هل وأحمد عرفان بك) المجموعة ٢٢ رقم ٦ ص ١٠ المحاماة ١ رقم ٨ ص ٤١ .

استئناف ٢١ يناير ١٩٢٢ (دائرة حافظ لطفى بك ومستر كالويني وعلى سالم بك) المحاماة ٢ رقم ٨٠ ص ٢٥٦ مجموعة ناصر ٣٢٥٠ .

الفن الجزئية (القاضي حسن رياض) ٣١ ديسمبر ١٩١٦ المجموعة ١٨ رقم ٩٦ ص =

في هذه المادة ، وهى خوف الاطلاع على أسرار الشركة أو التركة لوجوب اشتراك
مشتري الحصة الشائعة في العلم بكل ما للشركة أو التركة من الحقوق وما عليها
من الديون ، متفية في حالة العقار الممين ، اذ للمشتري لا يحتاج الا الى الاطلاع
على أسباب التملك في ذلك العقار الممين .

وبذلك يخالف حق الاسترداد حق الشفعة الذى لا يكون الا في حصة
شائعة في عقار معين ^(١) . وعلى ذلك فليس بين الحقين تنافر أو تناقض ، اذ يرد

== ١٧٠ الفهرست التشريعية الثانية رقم ٩٥٩ مجموعة ناصر ٣٢٣٨ .

ملنطا الابتدائية ١٥ ديسمبر ١٩١٩ (دائرة عبد الحميد بدوى بك والفاضى محمد صديق
والفاضى أحمد فائق) المجموعة ٢٢ رقم ٩ ص ١٨ المحاماة ١ رقم ٧ ص ٣٧ الجدول المشرى
الأول للمحاماة رقم ١١٠٢ مجموعة ناصر ٣٢٤١ .

استئناف ١٠ يولي ١٩٠٦ الحقوق ٢١ ص ٣١٠ مجموعة ناصر ٣٢٣٥ : ان الحق للمطلى
للمزك في المادة ٤٦٢ مدنى هو الحق للأخذ عن القانون الفرنسى ، ويسمى حق
الاسترداد الوراثى ، وهو يكون في شركة أو تركة مؤلفة من مجموع حقوق وأموال
ناينة أو منقولة ، فلا يكون في حصة شائعة في عقار معين ، والفرض منه أدبى ، وهو منع
الأجنبي من التدخل في المائلات ، فهنا الحق يخالف حق الشفعة الذى لا يكون الا في
حصة شائعة في عقار معين ، والفرض منه أمر مادي ، وهو منع ضرر عقار من عقار آخر ،
وعليه فالادة ٤٦٢ مدنى ليست ملغاة بقانون الشفعة الجديد ولا مكررة مع المادة ٦٩ مدنى
(الملغاة) .

(١) استئناف ٢ مايو ١٩٠١ (دائرة أحمد عفيفى بك وحلمد محمود بك ومستر سانو)
المجموعة ٣ رقم ١٥ ص ٤٤ الفهرست التشريعية الأولى للمجموعة رقم ٨٦١ ، الحقوق ١٦
ص ٢٣٥ مجموعة ناصر ٣٢٣٩ : بالتأمل في المادة ٤٦٢ بين جليا أن واضع القانون انما
أراد جدونها جواز الشفعة في حالة خاصة ، وهى ما اذا باع أحد الشركاء أو الورثة حصته
الشائعة في شركة أو تركة أو جزءا من الحصة شائعا مثل ربحها أو سدها أو خسها . ومن
المعلوم أنه يدخل في الحصة جميع مشتلات الشركة أو التركة من عقار ومنقول وما عليها وما
لها من الديون والحقوق . ولم يرد واضع القانون شمولها لا اذا باع حصته الشائعة في عين معينة
تابعة للشركة أو للتركة ، لأنه لو كان أراد بوضع هذه المادة ما يشمل هذه الحالة لا كان
لونها فائدة فيما اذا كانت الحصة الميعة في عقار لسخوله تحت نص مادة الشفعة ، ولو كان مراده
من هذه المادة المنقول لصرح بذلك . وقد اتفق علماء القانون الفرنسى على أن حكم المادة
٨٤١ لا يسرى على حالة ما اذا باع أحد الورثة حصته في عين معينة تابعة للتركة ، مع أنه لم
يوجد في قانونهم أحكام عامة للشفعة كما هو موجود في القانون المصرى ، فيكون من باب أولى ==

كل منهما على نوع مخصوص من التصرفات لا يرد عليه الآخر .
ولا يمكن القول بانطباق المادة على التصرفات في العقار المعين ، لأن هذا القول يقتضى القول بالتناسخ أو التناقض أو الاشتراك بين هذه المادة ومواد الشفعة ، لأن حق الشريك في الشفعة في العقار المبيع محوط بقيود وضوابط خلص منها حق الاسترداد ، فإذا اشتركا في مدلول وجب أن يعتبر الحق المطلق منسوخا بالحق المقيّد ، أو أن يعتبر الشارع متناقضا في أحكامه ، وأنه وضع للشفعة في باب حكما وفي باب آخر حكما آخر أوسع منه ، فمن لم يتيسر له الانتفاع بالأول جاز له أن يطلب الانتفاع بالآخر ، وهذا عيب وتناقض ينزه الشارع عنه عادة ، ولم يبق بعد هذا إلا أن يخص باب الشفعة بالتصرفات في العقارات المعينة ، وأن يجعل المادة ٤٦٢ خاصة بالتصرف في الحصص الشائعة في الشركات والتركات أخذا بنص المادة الأخيرة ، واختلاف حكمتها عن حكمة الشفعة ، ووجوب قصر انطباقها على الحالات التي تتوافر فيها تلك الحكمة ، وإثارا للقول بعدم التنازع بين أجزاء قانون واحد ، وخصوصا أن قانون الشفعة الذي صدر

= أن مادة ٤٦٢ لم توضع إلا للحالة الخاصة المذكورة .
استئناف ١٣ مايو ١٩٢٠ (دائرة أحمد طلعت باشا ومستر هل وأحمد عرفان بك)
المجموعة ٢٢ رقم ٦ ص ١٠ المحاماة ١ رقم ٨ ص ٤١ الجدول المشرى الأول للمعاماة رقم ١١٠٥ .

منظما الابتدائية ١٤ مارس ١٩٢٠ (دائرة عبد الحميد بدوى بك والقاضى خليل عفت والقاضى صالح جعفر) المجموعة ٢٢ رقم ٦ ص ١٢ المحاماة ١ رقم ٨ ص ٤١ الجدول المشرى الأول للمعاماة رقم ١١٠٤ : ان الشارع المصرى لم يضع أحكاما للتركات باعتبارها من الأحوال الشخصية ، وانما وضع بابا للقسمة يشمل الشركات والتركات على السواء ، وقد ترتب على نقل المادة ٨٤١ القرنية الى هذا الباب أن المادة المصرية لم تصبح مقصورة على التركات ، ولوحظ ذلك في تحريرها ، وهذه المادة لا تنطبق حيث يكون المبيع حصّة شائعة في عقار معين بالذات ، لأن الملة في هذه المادة وهى خوف الاطلاع على أسرار الشركة أو التركة لوجوب اشتراك مشترى الحصص الشائعة في العلم بكل ما للشركة أو التركة من الحقوق وما عليها من الديون متفتحة في حالة العقار المعين ، اذ للمشتري لا يحتاج الا الى الاطلاع على أسباب التملك في ذلك العقار المون .

في سنة ١٩٠١ لم ير محلا لالغاء المادة ٤٦٢ ، لأنه لم ير بينها وبينه تناقضا أو تراكبا .

ولكن يرد على هذا الرأي أن هذا الحصر لا مبرر له في مصر ، اذ أن نص المادة ٤٦٢ عام ، وليس مقصورا على الحالة المذكورة في الأحكام المتقدمة^(١) .

٥٠٣ - الرأي السابع - المادة ٤٦٢ خاصة بالشيوع الناشئ عن

الشركات والائتمالات وتختلف الشفعة - حق الشفعة وحق الاسترداد المنصوص عليه في المادة ٤٦٢ من القانون المدني هما حقان مختلفان تمام الاختلاف من حيث موضوعهما وطريقة تطبيقهما . فحق الشفعة لا يسرى الا في حالة بيع العقار ، وفي المواعيد والشروط المبينة في قانون الشفعة ، أما حق الاسترداد فلا يطبق الا في حالة ما اذا كان الشيوع ناشئا عن عقد « شركة » وباع أحد الشركاء حصته الشائعة في الأموال المشتركة ، سواء أكانت منقولة أم ثابتة .

وأخذت بهذا الرأي محكمة مصر الابتدائية^(٢) ، وبنت رأيها على ما يأتي : يستخلص من مقارنة النصوص القانونية أن الشارع المصري نقل أحكام الشفعة عن الشريعة الاسلامية التي كان معمولاً بها وقت وضع القوانين ، ولما كانت الشفعة تميز لكل شريك على العموم له حصة شائعة في العقار المبيع أن يمتلك العين المشفوعة استغنى بها عن حقوق الاسترداد الموضوعة في القانون الفرنسي لاسترداد حصة الشريك في عقار موروث أو مملوك لأحد الزوجين ، لأن أحكام الشفعة تتناولها ولذلك حذفها . وبما يؤيد هذا الاستنتاج أن الشارع المصري استبقى حقوق الاسترداد الأخرى المذكورة في القانون الفرنسي والتي رأى أن أحكام الشفعة لا تنفي بها ولا تسرى عليها ، وذكرها في مواضعها ، ونقل

(١) راجع ما سيجيء في بنية ٥٠٤ .

(٢) مصر الابتدائية ٢٨ ابريل ١٩٢٠ (دائرة محمد حلمي عيسى بك والقاضي طاهر نور والقاضي عبد السلام زكي) المجموعة ٢٢ رقم ١٠ من ٢١ مجموعة ناصر ٣٢٤٣ .

أحكامها المقررة لها في القانون الفرنسي بعبارة تتم عن مصدرها ، مثال ذلك استرداد الحقوق المتنازع عليها ، واسترداد العين المبيع بعضها يما وقاها . ويستخلص من ذلك أن حق استرداد الحصة الشائعة الوارد في المادة ٤٦٢ لا بد أن يكون مقصودا به شيء آخر غير حق الشفعة وما انطبقت عليه من أحوال الاشتراك في الملك ، كالوارث الشريك في عقار موروث ، لأنه كلما كان الشارع يجد الحاجة ماسة لايجاد حق استرداد لا يتناوله قانون الشفعة يوجده ، ولكن لمناسبته ولانطباقه على غرض خاص ، بحيث لا يمس قانون الشفعة ولا يتعارض معه ، ولذلك لم يتسرب الى ذهن أحد أن هناك تعارضا بين استرداد الحقوق المتنازع عليها وبين حق الشفعة لاختلاف محل كل منهما . ويظهر غرض الشارع جليا اذا رجعنا للحالة التي كانت موجودة وقت وضع القانون المختلط فلا نزاع في أن القانون المذكور وضع لتسوية العلاقات والمعاملات بين الوطنيين والأجانب وأدخلت به نظامات حديثة ذات أهمية عظيمة ، كنظام الشركات ، فقد عقد الشارع لها بابا خاصا بين فيه طرق انشائها وادارتها واقتضاها وقسمتها ، وعند ذلك رأى أن القسمة مفضية للبيع ، ولما كان أساس الشركات الثقة بين الشركاء ، فاذا ما دخل أجنبي بينهم بطريق شرائه حصة أحدهم فقد تختل العواطف المتبادلة — أجاز لهم استرداد الحصة المبيعة استبقاء للشركات وعملها النافع ، ومعلوم أن شخصية الشركاء ذات شأن في حسن الادارة ، ولذلك فإن مجرد وفاة أحدهم أو الحجر عليه أو افلاسه دافع لاقتضاء الشركة الا اذا وجد نص آخر ، اذ في هذه الحالة يكون معنى ذلك أن صفة الشركاء غير ملحوظة في تكوين الشركة . ويستخلص من ذلك أن حق الاسترداد المنصوص عليه في المادة ٤٦٢ محله بيع أحد الشركاء في شركة société حصته الشائعة ، وهو لا يثبت الا للشركاء الأصليين كما يستفاد من النص الفرنسي ، فانه اذا جاز قبول شريك غير أصلي في شركة تكون شخصية الشركاء غير ملاحظة قياسا على أحوال الحجر أو الموت أو الافلاس وحينئذ يجوز قبول غيره ، أما اذا كانت شخصيتهم ملاحظة وجبت المحافظة على الثقة المتبادلة بينهم واثاء الضرر الذي يلحقهم بطريق

الاسترداد المذكور .

وبما يعزز هذا الرأي ، وأن المقصود من الشركاء في شركة ، لا الشركاء بطريق الاشتراك في الملك بارث أو وصية وغيرها ، نص مادة الاسترداد ، وخصوصا النص الفرنسي ، فإنه أوضح ، بخلاف النص العربي فإنه مقتضب . وقد جاء بالأول ما يأتي (يجوز للشركاء الأصليين حين القسمة أن يستردوا الحصة المشاعة التي باعها أحدهم للغير) ، فإنه بتحليل هذا النص نجد الشارع عني بذكر الشركاء (الأصليين) ، والاشتراك في الملك بارث أو هبة أو غيرها لا يلاحظ فيه شركاء أصليون وغير أصليين ، كالشركات قعيا المؤسسون والمساهمون والشركاء الطارئون بأي صفة أخرى ، كذلك قال (الحصة المشاعة) ولم يقل (العقار) ، لأن الشركات القائمة على الأسهم والسندات يكون النقول فيها أم من العقار الذي قد لا يشمل غير الأماكن اللازمة للإدارة ، وقال (حين القسمة) ، ومعنى ذلك أنه يقصد الأشياء الجارية قسمتها . وهذا كله يفيد أنه يتكلم على شيء غير الشفعة المعروفة ، لأن محلها بيع العقار لا قسمته ، وهي جائزة للشريك الأصلي ولغيره من الشركاء ، وهكذا من وجوه الخلاف . وباقي المواد يؤكد هذا الرأي ، فقد نص القانون في المواد السابقة لهذه المادة على حقوق الدائنين قبل القسمة ، وبين أن ديونهم الناشئة عن الشركة مفضلة على ديون الدائنين لأشخاص الشركاء ، مما يفيد أن القانون إنما يشير للشركات وأهمية عملها والديون الناشئة عنها . فإذا ما جاء بعد ذلك وتكلم على حق الاسترداد قائما يتكلم عليه بالنسبة لتلك الشركات التي عني بها وأحاط بجميع أحكامها ، ولما كان قانون الشفعة لا يتناول حالة بيع حصة شائعة في شركة أم عملها الأسهم والسندات وضع القانون أحكاما خاصة لاستردادها وجعلها لا تسري الا قبل القسمة ، اذ بالقسمة تنحل الشركة . وبما تقدم يتبين قصر مدلول الاسترداد على الشركات فقط دون غيرها ، والقول بأن هذا النص مأخوذ عن القانون الفرنسي الخاص باسترداد الوارث لحصته الشائعة التي باعها أحد الورثة لا مبرر له ، لأن هذا الحق داخل في قانون الشفعة ، فلا معنى لتكراره ، وبعبارة المادة ٤٦٢ ليس فيها ما يدل على أصلها

كلمات سائر حقوق الاسترداد المنقولة عن القانون الفرنسى .

والقول بأن هذا الحق يخول نفس الحقوق التى تميزها الشفعة قول لا أساس له ، ويناقض القواعد الأصولية فى تفسير القانون ، فإن مادة الاسترداد عامة من كل قيد واردة فى الشفعة من جهة موضوعها واجراءاتها ، فإن قيل بأن الشارع أراد هنا وضع قاعدة عامة ، وجب قيدها بجميع قيود الشفعة ، وبعبارة أخرى تطبيق قانون الشفعة ، وذلك لأن قواعد التفسير تقضى فى حالة قيام حكيم أحدهما عام والآخر خاص بالرجوع للحكم الخاص ، اذ من المعلوم أن المطلق يجرى على إطلاقه ما لم يتقيد نصاً أو دلالة ، ونص المادة ٤٦٢ مدنى مقيد نصاً لقانون الشفعة ، فوجب إسقاط جميع أحكامها منه ، وحمل المادة على الأحوال الخارجة عنها ، ولا تجب غير استرداد حصة شائعة فى شركة .

وتخرج النص لهذه الحالة يجعله منتجاً والا كان وضعه عبثاً ، ومعلوم أن أعمال الكلام خير من إهماله ، ويؤيده العرف الذى لم يقر بأن هذه المادة وضعت لتسرى على أحوال الشفعة ، ومعلوم أن العادة تصلح مفسرة فى حالة اشتراك النص أو غموضه ، كما يؤخذ من نص المادة ١١٥٩ من القانون الفرنسى ، ويقول الفقهاء فى هذا الموضوع أن التعيين بالعرف كالتعيين بالنص ، فإذا أطلق الواقف وقفه فإن إطلاقه يحمل على الاستغلال لا السكنى ، حيث كان عرف الواقفين كذلك . ولا نزاع فى أن العرف جرى على تعيين قانون الشفعة لليسوع فى العقارات ولم يجر على استعمال حق الاسترداد فيها ، اللهم الا قضايا قليلة نادرة رفضها أصحابها فى الغالب من باب المشاغبة عندما لا يساعدهم قانون الشفعة ولا تعتبر عرفاً ، وهذه العادة أو العرف أساسه فى مصر طبعاً حالة القوانين الإسلامية التى كانت مرعية الاجراء قبل وضع القوانين الحالية ، فجاء الشارع المصرى وأقرم عليها ، وأوجد لها قانون ، وقد فهمها الناس كذلك ، وساروا عليها ، فلا يتصور أن واضع القانون أراد أن يوجد للشفعة ، وخصوصاً أن نظامها غير معروف فى البلاد الأجنبية ، أحكاماً أخرى غير أحكام الشفعة المعروفة فى مصر ^(١) .

(١) لرد على هذا رأى راجع التبتين التاليتين .

٥٠٤ - الرأى التاسع - للشريك الخيار فى استعمال مولى الاسترداد

أومى الشفعة - للشريك على الشيوع حقان لاسترداد الحصة الشائعة ، حق عام ورد فى قانون الشفعة ، وحق آخر تكلمت فيه المادة ٤٦٢ مدنى ، فله صاحب الشأن أن يتمسك بأى الحقين الذى يرى فيه مصلحته . ولا يترتب على سقوط حقه فى أحدهما سقوطه فى الثانى ^(١) .

ويستند هذا الرأى على ما يأتى :

(١) أن وجود حق الاسترداد بجانب حق الشفعة مستفاد من تقريره فى القانون بنص خاص ، ومن أن قانون الشفعة أُلغى من القانون المدنى المواد الخاصة بالشفعة ، ولم يتعرض للمادة الخاصة بحق الاسترداد .

(٢) أن الشارع قد قرر الحقين وشرط لكل منهما شروطا ، فلا يكفى أن تكون هناك حالات يفتى فيها حق الشفعة عن حق الاسترداد للقول بتعطيل النص المقرر لحق الاسترداد فى تلك الحالات ، لأن أعمال النصوص أولى من أهملها ، وليس فى أصول التشريع ما يمنع من وجود حقين ينال بهما شئ واحد .

(٣) لا مسوغ لحصر المادة ٤٦٢ فى حالة الشيوع الناشئ عن الشركة الاختيارية اذ كان نصها عاما يدخل تحت مدلوله جميع الشركاء فى الملك المختارين وغير المختارين ، وقد وردت المادة فى القانون تحت عنوان « قسمة

(١) استئناف ٧ ديسمبر ١٩٢٠ (دائرة محمد محرز باشا ومستر كرشو وصالح حق بك)
الحاماة ١ رقم ٩٥ من ٤٧٤ ، الحاماة ٢ رقم ٦ من ١٠ الجدول العشرى الأول للحاماة
١١٠٦ و ١١٠٧ مجموعة ناصر ٣٢٤٦ .

استئناف ١٠ فبراير ١٩٢٠ (دائرة محمد محرز باشا وميسو سودان ومستر كلابكوت)
المجموعة ٢١ رقم ٩٣ من ١٥١ الحاماة ١ رقم ٦١ من ٣٣٧ الجدول العشرى الأول للحاماة
١١٠٣ مجموعة ناصر ٣٢٤٢ .

طنطا الابتدائية ١٢ مايو ١٩١٧ (دائرة القضاة مصطفى النحاس ويوسف مينا وجمال الدين
أبازة) المجموعة ١٩ رقم ٩ من ٨ مجموعة ناصر ٣٢٣٩ .

أسبوط الابتدائية ٢٥ ابريل ١٩٢٠ (دائرة سلامة ميخائيل بك والقاضي محمد توفيق
المطار والقاضي حسن توفيق) الحاماة ٢ رقم ١٠٨ من ٣٣٩ الجدول العشرى الأول للحاماة
رقم ١١٠٨ .

الشركات ونحوها» .

(٤) أن الكلمة التي استعملها الشارع في النص القرني للتعبير عن الشركاء في الملك وهي copropriétaires يقع تحت مدلولها الشركاء المختارون وغيرهم ، وقد استعمل الشارع هذا اللفظ في كل نص ورد تحت العنوان المذكور خاصا بالشركاء في الملك عامة ، مختارين وغير مختارين (انظر المواد ٤٥٢ و ٤٦١ و ٤٦٢ ، كما أنه استعمل كلمة associé في كل نص أورده تحت ذلك العنوان خاصا بالشركاء المختارين دون سواهم) (انظر المادتين ٤٤٨ و ٤٤٩)^(١) .

وبناء على هذا الرأي الأخير يجوز للشركاء الأصليين في الملك أن يستعملوا حق الاسترداد الذي منحهم إياه المادة ٤٦٢ مدني ، حتى اذا باع أحدهم حصته الشائعة في عقار معين ، لأن هذا الحق غير مقصور على حالة بيع حصة شائعة في مجموع الأعيان المشتركة^(٢) .

٥٠٥ — رأينا — ونحن من الرأي الأخير ، لأن قانون الشفعة مأخوذ من الشريعة الاسلامية ، وحق الاسترداد منقول عن القانون القرني ، فالحقان مختلفان بعضهما عن بعض ، ولما سن قانونا الشفعة الجديدان (٢٦ مارس سنة ١٩٠٠ مخطوط و ٢٣ مارس سنة ١٩٠١ أهلي) ألغى صراحة بعض المواد في المجموعة المدنية ومجموعة المرافعات ، ولم تذكر في ضمنها مادة الاسترداد^(٣) ،

(١) طنطا الابتدائية ٢٢ أكتوبر ١٩١٨ (دائرة قضاء مراد سيد أحمد بك والقاضي يوسف مينا والقاضي جمال الدين أباطة) المجموعة ٢٠ رقم ٧٦ ص ٩٥ الحقوق ٣٥ ص ٢٩ مجموعة ناصر ٣٢٥١ .

(٢) راجع طنطا الابتدائية ٢١ أكتوبر ١٩١٧ (دائرة القضاء مراد سيد أحمد وحسن رست وجمال الدين أباطة) المجموعة ١٩ رقم ١٨ ص ٢٧ مجموعة ناصر ٣٢٤٠ : « وحيث ان الحاضر عن الشترية يريد أن يحصر حق الاسترداد في حالة بيع مجموع حقوق في شركة أو شركة ارتكنا على ما هو مقرر في فرنسا من أن المادة ٨٤١ مدني لا تنطبق اذا كان البيع حصة شائعة في عقار معين (باندكت جزء ٥٤ نبذة ٧٢٥٣ صفحة ٦٣٥) . وحيث أن هذا الحصر لا يمر له من نص القانون المصري الذي جاء عاما غير مخصص . أما ما تقرر في فرنسا فحكته أن المادة ٨٤١ نصت على التنازل عن الحق للوروث droit à la succession ، وظاهر أن هذا لا يشمل بيع حصة في عين أو أعيان معينة . وراجع الأحكام الأخرى المذكورة في هذه النبذة .

(٣) راجع استئناف مخطوط ٢٧ نوفمبر ١٩١٣ السرائر ١ رقم ١٢٩ ص ٦٧ ، ٧ فبراير =

وعلى ذلك يجب عند النظر في تفسير نصوص قانون الشفعة الرجوع الى الشريعة الفراء ، ولكن في حالة الاسترداد يرجع الى القانون الفرنسى ، مع مراعاة النص المصرى .

وليس فى أصول التشريع ما يمنع من وجود حقين ينال بهما شيء واحد ، وقد قرر الشارع الحقين ، وشرط لكل منهما شروطا ، فلا يكفى أن تكون هناك حالات ينفى فيها حق الشفعة عن حق الاسترداد للقول بتعطيل النص المقرر لحق الاسترداد فى تلك الحالات ، لأن أعمال النصوص أولى من املها^(١) .

وحق الاسترداد ثابت للشركاء الأصليين فى الملك ، سواء أكان عقارا أم منقولاً^(٢) ، بخلاف حق الشفعة فإنه مقصور على العقار . وعلى ذلك اذا باع شريك حصته الشائعة فى عقار فلباقى الشركاء حق الشفعة وحق الاسترداد ، ولهم أن يختاروا أى الطريقين الذى يكون أنفع لهم ، والأسباب التى يسقط بها أحد الحقين لا تؤثر فى الحق الآخر^(٣) .

وحق الاسترداد يستمر حتى تتم القسمة ، ولا يسقط بالسكوت عنه ، ما دامت قسمة الملك المشترك لم تتم ، حتى مع العلم به ، ما لم يصدر عن الشريك ما يدل فعلا على قبول المشتري الجديد شريكا نهائيا^(٤) ، ومن ثم على التنازل عن حق الاسترداد ، بخلاف حق الشفعة فإنه يسقط بالسكوت عنه أكثر من

= ١٩٠٨ (١٩ ص ١١٤) ، ١٤ مارس ١٩٠٧ (١٩ ص ١٥٢) ، ٢٦ ديسمبر ١٩٠٧ (٢٠ ص ٤٣) .

(١) حكم طعنا ٢٢ أكتوبر ١٩١٨ المتقدم .

(٢) وقد حكم بأن كون العقارات جزءا من مجموعة مبيعة من الحقوق المنقولة والعقارية لا يمنع الشريك الأصل فى هذه العقارات من استعمال حق الاسترداد الذى تخوله المادة ، وإنما على المشتري أن يطلب استبعاد المنقولات وتقسيم الثمن على أساس القيمة التى للعقارات والمنقولات استئناف مخطط ٢٥ أبريل ١٩٠٧ (١٩ ص ٢١٩) .

(٣) استئناف مخطط ٤ مايو ١٩١١ (٢٣ ص ٣٠٢) .

(٤) راجع بنية ٤٧٦ .

١٥ يوما من تاريخ العلم ^(١).

كذلك قررت المادة ٢٢ من قانون الشفعة أن الحق في الشفعة يسقط في سائر الأحوال بعد مضي ستة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع ، وذلك بالنسبة لجميع الشفعة ، ولو كان الشفيع غير أهل للتصرف أو غائبا ، ولكن هذا النص لا ينطبق بالنسبة لحق الاسترداد ^(٢).

وإذا سقط حق الشفعة لا يكون للشريك الا حق الاسترداد ما دامت القسمة لم تعمل ، وقد يكون للمسترد منفعة في عدم المطالبة بمقتضى حق الشفعة والانتظار حتى القسمة ليطالب بمقتضى حق الاسترداد ، كأن لا يكون لديه المال الكافي للأخذ بالشفعة . والسبب في أخذ الشريك بالشفعة قانونا هو رغبته في توسيع ملكه ، ولكن السبب الذي بنى عليه حق الاسترداد هو التخلص من الأجنبي الدخيل الذي لم يكن معه وقت الشركة ، ومنعه من التدخل في القسمة ، وبناء على ذلك يعامل القانون المسترد معاملة أقل شدة مما يعامل به الشفيع ، فإذا أعلن المشتري الشريك بشرائه فإن هذا يسقط حق الشفعة بعد مضي الميعاد القانوني ، ولكن لا يكون له تأثير في حق الاسترداد ، كذلك اذا أنذر المشتري المسترد بأن يأخذ بالاسترداد اذا أراد فإن ذلك لا يسقط الحق ، ولا يلزم المسترد بشيء ، لأن القانون نص على أن حق الاسترداد لا يسقط الا بالقسمة ، فلا يجوز للمشتري أن يقيد هذا الحق بوقت آخر ^(٣).

والشريك الذي يطالب بحق الاسترداد يحل محل المشتري في جميع شروط

(١) طنطا الاجتماعية ١٢ مايو ١٩١٧ للمقدم .

(٢) استئناف مخطط ٦ يونيه ١٩٠٥ (١٧ ص ٣٢٧) ، ١٨ مايو ١٩٠٥ (١٧ ص ٣٢٦) ، ٢٧ نوفمبر ١٩١٣ (٢٦ ص ٦٠) .

(٣) وقد حكم بأن للشريك الأصلي الذي له حق الاسترداد لاية القسمة الحق في أن يشتري اختيارا ، بمقتضى عقد ، الحصبة الناشئة للمبعة ، حتى بعد طلب الشفعة المقدم من أجنبي ، ما دام أنه له أن يلزم المشتري بدعوى قضائية بالتنازل له عن الحصبة (استئناف مخطط ١٤ مارس ١٩١٤ (٢٤ ص ١٩٧) .

استئناف مخطط ٧ فبراير ١٩٠٧ (١٩ ص ١١٤) .

العقد البرم بينه وبين الشريك البائع ، فإذا كان الثمن مقسطا جاز للمسترد أن يتمسك بهذا التقسيط ، خلافا للشفيع فإن المادة ١٣ من قانون الشفعة حرمت من الانتفاع بهذا الشرط ^(١) .

ومشتري الحصة الشائعة الذي لم يكن داخلا في الشروع عند بدئه لا يستطيع استعمال حق الاسترداد ، ولكنه يستطيع الأخذ بالشفعة ، لأنه شريك ، وهذا يكفي .

٥٠٦ - رأى دوائر محكمة الاستئناف مجمعة - لاختلاف الآراء

في تفسير المادة ٤٦٢ من القانون المدني قد أحيل هذا الموضوع على محكمة الاستئناف لتفصل فيه دوائرها مجمعة ، فقررت بتاريخ ٣٠ نوفمبر ١٩٢٢ ^(٢) أن حق الشفعة وحق الاسترداد المنصوص عليه في المادة ٤٦٢ من القانون المدني حقان مختلفان بعضهما عن بعض تمام الاختلاف من حيث موضوعهما ومحل تطبيقهما ، فإن حق الشفعة مأخوذ عن الشريعة الإسلامية ويطبق في أحوال بيع عقار معين أو حصة شائعة فيه مع توافر الشروط والمواعيد المبينة في الأمر العالي الرقم ٢٣ مارس سنة ١٩٠١ الخاص بالشفعة ، أما حق الاسترداد فإنه مأخوذ عن المادة ٨٤١ من القانوني الفرنسي ، وقد منحه للمشرع الشركاء الأصليين في الملك دون غيرهم في حال الشروع ، سواء أكان ناتجا عن ميراث أم عن شركة ، متى باع أحد الورثة أو الشركاء لأجنبي حصة شائعة في مجموع التركة أو الشركة من عقار أو منقول ، وكذلك إذا باع أحدهم لأجنبي حصة شائعة في عين معينة يصعب على المشتري تسليها بدون أن يطلع على أسرار التركة أو الشركة ، ففي هاتين

(١) ١٤ يولي ١٩١٨ المجموعة ٢٠ ص ٦٨ .

(٢) محكمة الاستئناف دوائر مجمعة ٣٠ نوفمبر ١٩٢٢ (رئاسة أحمد طلعت باشا وحضور مستر برسيغال وعمد عمرز باشا وأحمد موسى باشا ومستر كالوبي ومسيو سودان ومستر كرشو وأحمد عرفان باشا وعطية حسن بك وعلي ثاقب بك وفوزي الطيبي بك ومتول غنيم بك وعلي سالم بك وعمد مصطفى بك وعمد علام باشا وشاكر أحمد بك) المجموعة ٢٢ رقم ١١١ ص ١٧٠ المحاماة ٣ رقم ٤٠ ص ٧١ الجدول العشري الأول للمحاماة رقم ٣٠١ مجموعة ناصر ٣٢٤٧ .

الحالتين يجوز للشركاء المذكورين لحين القسمة أن يستردوا الحصة الشائعة التي يمت .

وجاء في أسباب حكمها :

« وحيث ان المادة ٤٦٢ ساقطة الذكر وضعت في الحقيقة لحالة خاصة في باب القسمة ، ولا علاقة لها بالشفعة ، التي خصص لها القانون بابا فصل فيه أحكامها المأخوذة من الشريعة الاسلامية ، بخلاف الحق المنو عنه في المادة ٤٦٢ المذكورة فانه مأخوذ عن المادة ٨٤١ من القانون الفرنسي التي وضعت لحالة خاصة ، وهي حالة ما اذا باع أحد الورثة حصته الشائعة في تركة أو جزءا من الحصة شائعا كالثلث أو الربع مثلا ، بحيث يدخل في الحصة ما يخصها من جميع مشتعلات التركة من عقار ومنقول وما لها وعليها من الديون والحقوق ، فيحق في تلك الحالة لباقي الورثة أو أحدهم ، لحين القسمة ، أن يسترد الحصة المبيعة بدفع ثمنها الى المشتري ، وهو ما يسمونه حق الاسترداد الوراثي ، والفرض منه منع الأجنبي من التداخل في العائلات والاطلاع على أسرارها ، وقد قام خلاف بين شراح القانون الفرنسي ، فقال بعضهم ان الاسترداد الوراثي يجري في الشركات كما يجري في التركات ، لأن للشركات أسرارها أيضا تجب المحافظة عليها ومنع الأجنبي من الوصول اليها ، فاختار الشارع المصري تعميم النص ، لذلك عبر بالشركاء الأصليين مكان الورثة كما جاء في الطبعة الفرنسية ، وأطلق موضوع الحصة الشائعة حتى يكون شاملا لكل ما انعقد له باب القسمة من الشركات وغيرها ، والشركاء الأصليين ، سواء كان اشتراكهم جاء من طريق الميراث أو من طريق الاتفاق ، هم أول من تحقق الاشتراك بينهم ، وأراد القانون حماية أسرارهم ، أما من حلوا محلهم فلا امتياز لهم عن الأجنبي .

« وحيث انه متى تقرر ما تقدم وكانت الحكمة من وضع نص المادة ٤٦٢ المذكورة منع الأجنبي من التداخل في الأسرار والشركات والتنقيب على أسرارها تكون النتيجة أنه اذا كان المبيع حصة شائعة في عين معينة من التركة أو الشركة يسهل تسليمها الى المشتري دون أن يطلع على أوراق وأحوال التركة أو

الشركة ، ومن غير أن يشترك في قسمة جميع ممتلكاتها ، فلا يجوز استرداد هذه الحصة منه استنادا على الحق الحول في المادة ٤٦٢ من القانون المدني ، بل من طريق أحكام الشفعة فقط اذا كانت شروطها متوفرة ، وبالعكس اذا استدعى تسليم تلك الحصة شيئا مما تقدم ، يحق لأحد الورثة أو أحد الشركاء الأصليين استرداد الحصة المبيعة من أحدهم للغير ، ولو أنها شائعة في عين معينة محدودة ، الا اذا كان طالب الاسترداد يتنازل عن حقه صراحة أو ضمنا ، باجرائه عملا يؤخذ منه التنازل أو الرضا بالبيع .

٥٠٧ - سير الأعلام على ماقررت الرواثر المجمعة - حكمت محكمة

الاستئناف بأنه اذا باع أحد الورثة حصة شائعة في أطيان ورثها من مورثه كان للوارث الآخر الشريك معه على الشيوع أن يطلب أخذ الحصة المبيعة بالشفعة ، دون للمادة ٤٦٢ من القانون المدني ، لأنه ممكن تسليمه العين المبيعة بدون أن يدخل في أسرار العائلة ، وذلك عملا بما قضت به محكمة الاستئناف في دواثرها الجمعية بتاريخ ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٢^(١) .

وحكمت بأن للشريك على الشيوع في مدفن حق استرداد الحصة المبيعة عملا بمحكم المادة ٤٦٢ من القانون المدني ، لأن المدفن من المسائل العائلية المحضة ، ويجوز أسرار العائلة ، فلا يصح لأجنبي الاطلاع على هذه الأسرار ، وفي وجوده مضار أدبية ومادية ، اذ يمكنه مضايقة العائلة في دفن موتاه ، فللوارث حق استرداد الحصة الشائعة التي يبيعها الوارث الآخر لأجنبي^(٢) .

وحكم بأن من مميزات بيع الاستحقاق في التركة أنه اذا حصل لأجنبي

(١) استئناف مصر ١٥ يناير ١٩٢٥ (دائرة صالح حق باشا وعلى حسين بك ومستر رافرتي) المحاماة ٦ رقم ٢٢ ص ٢٥ الجدول العشري الأول للحماية رقم ١١١٢ مجموعة ناصر ٦٤٦٠ .

(٢) استئناف مصر الأهلية ٢١ ديسمبر ١٩٢٥ (دائرة أحمد طلعت باشا ومصطفى حلمي بك وحسين نبيه المصري بك) المحاماة ٦ رقم ١٨٦ ص ٢٣٢ الجدول العشري الأول للحماية رقم ١١١٣ مجموعة ناصر ٦٤٦٤ .

يكون لباقي الورثة الحق في استرداد الحصة المبيعة من أحدهم قبل القسمة مقابل دفعهم للمشتري ثمنها والمصاريف وفقا للمادة ٤٦٢ مدني . والفرض من هذا الاسترداد منع الأجنبي من الدخول في قسمة التركة . فاذا أمكن تسليم الشيء المبيع للمشتري بدون حاجة الى القسمة لم يكن هناك محل للاسترداد ^(١) .

٥٠٨ - نقره حكم الرواير المجمع - تقرر الدوائر المجتمعة أنه اذا كان يسهل تسليم المبيع الى المشتري دون أن يطلع على أوراق وأحوال التركة أو الشركة ، ومن غير أن يشترك في قسمة جميع ممتلكاتها ، لا يجوز حق الاسترداد ، أما اذا استدعى تسليم المبيع شيئا من ذلك جاز حق الاسترداد . ومعنى هذا أن على الشريك أن يثبت أن هناك ضررا من تدخل الأجنبي ، وقد سبق أن ذكرنا أن الضرر مفروض حصوله بتوافر شروط الاسترداد ^(٢) ، كما هو الحال في الشفعة ، فقد قلنا فيها انه اذا توافرت في الشفعين الشروط المقررة للأخذ بالشفعة لا يجوز دفع دعواه بأن الضرر الذي شرعت الشفعة من أجله ليس متحققا ، لأن الشارع أطلق الحكم ، ولم يقصر حق طلب الشفعة على من توافرت في حاله حكمة ذلك الحق ^(٣) ، فكذلك الحال بالنسبة لحق الاسترداد . والاولو أجاز اثبات توافر الحكمة التي تقرر من أجلها لاضطر المتداعون للتعرض لأسرار الشيوخ ، وقد تؤدي اجازة الاثبات الى اضطراب الأحكام ، وبالتالي علم الاطمئنان على الحقوق ، اذ تختلف مقاييسها بالنسبة لتقدير وجود الضرر المحتمل من تدخل المشتري الأجنبي ، وجسامة ذلك الضرر ^(٤) .

(١) استئناف ١٩ فبراير ١٩٣٠ (دائرة مصطفى محمد بك وعمود على سرور بك وسليان السيد بك) الحاماة ١٠ رقم ٤٢٩ ص ٨٥١ مجموعة ناصر ٦٤٦١ .

راجع أيضا استئناف ١٧ ديسمبر ١٩٣٠ (دائرة مراد وهبة بك وعمود على سرور بك وسليان السيد سليمان بك) الحاماة ١١ رقم ٣١٧ ص ٦٣٨ مجموعة ناصر ٦٤٦٢ .

(٢) بنية ٤٦٢ .

(٣) بنية ٨ .

(٤) ذمى بك « في الأموال » بنية ٥٥٦ ، وهو لا يوافق كذلك على حكم الدوائر المجتمعة .

الشفعة في السودان

٥٠٩ — للشفعة قانون خاص ، مستمدة أحكامه من قانون الشفعة المصرى ، هو القانون رقم ١١ الصادر فى ٥ يولييه سنة ١٩٢٨ ، وقد ألغى قانون الشفعة الصادر قبله فى سنة ١٩١٨ والمعدل فى سنة ١٩٢٢ .

٥١٠ — **الأحوال التى تجوز فيها الشفعة** — خول قانون سنة ١٩٢٨
حق الشفعة :

(أ) الشريك على الشيوع عند بيع حصة شائعة فى العقار ، لأى شخص هو غير شريك على الشيوع فى ذلك العقار .

(ب) المالك المجاور لأرض مقرر لها حق ارتفاق على الأرض المبيعة أو عليها حق ارتفاق للأرض المبيعة عند بيع أرض عليها مبان أو أرض يراد البناء عليها ، بشرط بأن تقتنع المحكمة بأن الفائدة الناشئة من حق الارتفاق للذكور أو التكليف المترتب عليه ذو قيمة كافية تبرر استعمال المالك المجاور حق الشفعة .

(ج) المالك المجاور عند بيع أرض مروية irrigated land متى كانت الأرض المبيعة وأرض المالك المجاور كلتاها داخلية فى نفس الساقية أو فى وحدة أخرى من وحدات الرى غير الساقية or other unit of irrigation (المادة ٥) .

ونص فى القانون على حق يشبه الشفعة فى الرهن الحيازية ، اذ قرر أنه فى الأحوال التى ترهن فيها أرض زراعية ، ويضع المرتهن يده على الأرض المرهونة ، وقما لنصوص عقد الرهن ، كل شخص له حق الشفعة اذا يمت الأرض المذكورة يكون له حق فك الرهن وقله لنفسه (المادة ٦) .

٥١١ — **الأحوال التى لا تجوز فيها الشفعة** — لا تجوز الشفعة فى
الأحوال الآتية :

- (ا) اذا بيع العقار بالمراد العلى بطلب سلطة ادارية أو بأمر المحكمة .
- (ب) اذا اشترت الحكومة العقار أو نزع ملكيته .
- (ج) اذا حصل بيع العقار بين الأصول والفروع ، أو بين الزوج والزوجة ، أو بين الأقارب للدرجة الرابعة .
- (د) اذا حصل البيع بين الشركاء على الشيوع الذين يملكون عقارا بمخصص شائعة ، أو بين مالكيين مجاورين لأرض داخلية في نفس الساقية أو في نفس وحدة أخرى من وحدات الري أو التسجيل غير الساقية or other unit of irrigation or registration .
- (هـ) اذا كان المراد استعمال العقار للمبيع للعبادة الدينية أو الحاقه بعقار آخر امتلك قبل ذلك للعبادة الدينية .
- (و) اذا كان المراد استعمال الحق لمنفعة وقف .
- (ز) اذا أريد استعمال الحق لأجل نقل عقار بكيفية أخرى غير البيع ، (المادة ٧) .

٥١٢ - نزاع الشفعة - يكون الشريك بحصة شائعة مقدما على المالك المجاور .

واذا ثبت حق الشفعة لأكثر من شريك واحد من الشركاء في حصص شائعة في العقار فكل شريك على الشيوع يطلب حق الشفعة بحق له أن يأخذ بالشفعة من العقار المشفوع نفس النسبة التي بين حصته الشائعة والحصة الشائعة أو الحصص الشائعة التي للذين يطالبون بحق الشفعة معه .

واذا تعدد من يستحق الشفعة معه من المالكين المجاورين ، وطلب كل منهم الأخذ بالشفعة ، يقسم العقار المشفوع بينهم على حسب التراضي بينهم ، والا فبحسب ما تحكم به المحكمة عند نظرها في دعوى الشفعة . (المادة ٨) .

٥١٣ - حرمة تجزئة الشفعة - اذا بيع العقار لعدة أشخاص مشاعا

ينهم فلا تصح الشفعة الا فيه بتمامه . أما اذا عينت في عقد البيع حصة كل منهم مفرزة كان للشفيع الحق في طلب أخذه بتمامه أو أخذ حصة واحدة أو أكثر (المادة ٩) .

٥١٤ - إجراءات الشفعة - يجب على طالب الشفعة أن يقوم بما يأتي:

(أ) أن يرسل اعلانا بطلبه الى البائع والمشتري .

(ب) أن يرفع ، في ظرف ثلاثين يوما من تاريخ ذلك الاعلان ، دعوى الشفعة ، على البائع والمشتري ، في المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها العقار .

وإذا كان الطلب يتعلق بأرض مسجلة يجب أن يؤشر بالطلب في السجل^(١) (المادة ١١) .

وتسمع دعوى الشفعة بصفة مستعجلة (المادة ١٢) .

وميعاد الاستئناف في دعوى الشفعة ١٥ يوما من تاريخ الحكم ، وذلك مع مراعاة قواعد الاستئناف في الدعاوى المدنية في سائر الأمور (المادة ١٤) .

ومصاريف دعوى الشفعة على الشفيع ، ولكن اذا حصل من قبل البائع أو المشتري سوء قصد فالمحكمة في هذه الحالة أن تحكم بالمصاريف على من شاءت منهم .

ومصاريف الاستئناف تقع على حسب ما تراه المحكمة (المادة ١٢) .

وإذا بيع ثانية جميع العقار المشفوع أو جزء منه يصبح اذ ذاك المشتري الجديد مدعى عليه في دعوى الشفعة بدلا من المشتري الأصلي ، أو يصبح مدعى عليه مع المشتري الجديد بقدر مصلحته ، وتكون الدعوى بمقدار ما تتناول المشتري

(١) يراد بالأرض المسجلة registered land الواردة بقانون الشفعة الأرض المسجلة بموجب قانون تسوية الأراضي وتسجيلها سنة ١٩١٥ أو بموجب أى تعديل لذلك القانون أو أى قانون آخر أعيد به سن هنا القانون يكون نافذا اذ ذاك (المادة ٤) .

الجديد بحسب شروط عقد شرائه .

ويشترط بالنسبة للأرض المسجلة أن يكون قد سجل البيع الثاني قبل تاريخ قيد اعلان الشفعة في السجل . ويشترط في أية حالة أخرى أن يكون البيع قد حصل قبل تاريخ تبليغ اعلان الشفعة الى البائع أو المشتري (المادة ١٢) .

٥١٥ - سقوط الشفعة - يسقط حق الشفعين في الأحوال الآتية :

(أ) اذا تنازل عنه كتابة أو شفاهاً أو استدل على التنازل من تصرفه (المادة ١٦) .

(ب) اذا لم يظهر رغبته في طلب الشفعة في مدة خمسة عشر يوماً من تاريخ تكليفه ابداء رغبته في الشفعة (المادة ١٦) . ويحصل التكليف المذكور كالآتي : متى جرى اتفاق لبيع أرض مسجلة ، وقدم طلب لمكتب تسجيل الأراضي لتسجيل بيع كهذا ، يحق لأى طرفي الاتفاق أن يبلغ اعلاناً عن ذلك الاتفاق وطلب التسجيل لأى شخص له الحق أو يظن أن له الحق بطلب الشفعة ان تم ذلك البيع ، يكلفه فيه بأن يصرح كتابة في ظرف خمسة عشر يوماً من تبليغ الاعلان عما اذا كان ينوى طلب الشفعة اذا تم البيع وينذره أنه ان لم يصرح كذلك سقط حقه بالشفعة (المادة ١٥) .

(ج) اذا لم يتخذ الاجراءات اللبينة لطلب الشفعة في مدة خمسة عشر يوماً من وقت علمه بالبيع (المادة ١٦) .

(د) بمرور ستة أشهر من تاريخ تسجيل البيع ان كانت الأرض مسجلة ، ومن تاريخ وضع المشتري يده على الأرض في أية حالة أخرى ، وسواء كان الشفعين عالماً بالبيع أو غير عالم ، وغير أهل للتصرف أو أهلاً له (المادة ١٧) .

٥١٦ - سلطة المواعيد المقررة - اذا رأت المحكمة بسبب غيبة أحد الخصوم أو بسبب آخر أنه من العدل أن تمد المواعيد أو يؤجل تاريخ ابتداء حريان المواعيد المقررة للقيام باجراء أى عمل أو اتخاذ اجراء جاز لها أن تمد الميعاد

أو تؤجل تاريخ ابتدائه بموجب أمر (المادة ١٩) .

٥١٧ - ما يترتب على الشفعة - يحل الشفيع بالنسبة الى البائع محل المشتري في جميع ما للمشتري من الحقوق وعليه من الواجبات . ولكن اذا كان المشتري حصل على تأجيل الثمن فلا يستفيع الشفيع من هذا التأجيل الا اذا رضى البائع بذلك بالكتابة (المادة ٩) .

واذا كانت الأرض مسجلة ، وصدر حكم في دعوى الشفعة ، يكون لهذا الحكم الأولوية على جميع التصرفات التي أجراها للمشتري ولم تسجل قبل تاريخ قيد اعلان الشفعة في السجل . وفي سائر الأحوال يكون للحكم في دعوى الشفعة الأولوية على جميع التصرفات التي لا تحصل قبل تاريخ تبليغ اعلان الشفعة (المادة ١٣) .

الشفعة في البلاد الأخرى

٥١٨ — الشفعة ، وإن كانت مستمدة من الشريعة الإسلامية ، ليست خاصة بهذه الشريعة ، فقد كانت معروفة في الشرائع التي سبقتها ، كالشريعة الموسوية والقانون الروماني^(١) . وكانت موجودة عند العرب قبل الإسلام^(٢) . وهي موجودة اليوم في القانون الإسباني^(٣) ، والقانون الألماني^(٤) . وجاء القانون الفرنسي كما رأينا بحق الاسترداد الوراثي الذي هو نوع من الشفعة^(٥) .

وستتكمّل أولاً في الشفعة في البلاد الإسلامية ، ثم نذكر نظامها في البلاد الأخرى التي نصت عليها .

في البلاد الإسلامية

تونس

٥١٩ — أصبح النظام العقاري في تونس مزدوجاً بعد صدور قانون أول يوليه سنة ١٨٨٥ ، للمكمل بقانون ١٤ مارس سنة ١٨٩٢ ، وقد أدخل هذان القانونان في تونس نظام السجلات العقارية livres fonciers ، فأجيز للملاك قيد عقاراتهم في سجلات خاصة ، وجعل القيد اختيارياً ، ونشأ عن ذلك وجود نوعين من العقارات : العقارات غير المسجلة immeubles non immatriculés ، والعقارات المسجلة immeubles immatriculés .

L. 3 De jus. emphyt., IV, 66.

(١) راجع :

Accarias, Précis de droit romain, T. I, p. 728, note I.

(٢) راجع لسان العرب لفظ شفعة ، والغرب كذلك .

(٣) المادة ١٥٢٣ من القانون المدني الإسباني — وما سيبيء نبذة ٥٢٣ .

(٤) المادة ٥٠٤ وما بعدها ، والمادة ١٠٩٤ وما بعدها من القانون المدني الألماني — وما سيبيء نبذة ٥٢٤ .

(٥) المادة ٨٤١ من القانون المدني الفرنسي .

أما بالنسبة للعقارات غير المسجلة فتطبق عليها أحكام الشريعة الإسلامية الخاصة بالشفعة ، وقد عدلتها بعض التعديل العادات المحلية .
وأما العقارات المسجلة ففسر عليها أحكام الشفعة الواردة بالمادة ٧٧ وما بعدها من قانون أول يولييه سنة ١٨٨٥ . وهذه المواد تعطى حق الشفعة الأشخاص الآتين :

- (١) كل مالك على الشيوع في نفس العقار .
 - (٢) كل وارث cohéritier بالنسبة لعقارات التركة .
 - (٣) كل شريك في الملك المقسوم في منزل للسكنى .
 - (٤) المحتكر superficiaire لامتلاك الأرض .
 - (٥) مالك الأرض لامتلاك الحكر superficie .
- وفي حالة التزاحم يرتب الشفعاء كنص المادة ٧٨ كالاتي :
- (١) مالك الأرض ازاء المحتكر ، والعكس .
 - (٢) الورثة .
 - (٣) الشركاء في الملك المقسوم divis والشائع .

غير أنه بالنسبة للأخيرين يقدم من كانت له حصة في العقار أكثر من غيره على صاحب الحصة الأقل . وعند التساوى يمين بالاقتراع من يستفيد من الشفعة . وفي حالة النزاع يمين خبير بناء على أمر رئيس المحكمة . ويكون الاقتراع أمام الكاتب الذي يحضر محضرا .
فيرى مما تقدم أن قانون سنة ١٨٨٥ يختلف أحكامه عن الشريعة الإسلامية .

مراكش

٥٢٠ — يفرق في مراكش بين نوعين من الأراضي : الأراضي المسجلة immeubles immatriculés ، والأراضي غير المسجلة ^(١) . وقد صدر في ٢ يولييه

(١) يخول التسجيل immatriculation انشاء سند للملكية مفيد في السجل العقاري . ويرتب عليه تطهير العقار والناء كل الحقوق السابقة التي لا تذكر .

سنة ١٩١٥ تشريع خاص بالأراضي التي من النوع الأول Dahir du 2 Juin 1915 ، وذكرت في المواد ٢٥—٣٤ منه الأحكام الخاصة بالشفعة ، وهي كالآتي :
الشفعة هي الحق للقرر لكل شريك على المشاع في ملكية عقارات أو
حقوق عينية عقارية للحصول على الحصة المبيعة للغير بمجولوله محل المشتري مقابل
دفع مقدار ثمن البيع والتحسينات ومصاريف العقد (المادة ٢٥) .

وإذا وقع هذا الحق على عقار واحد فإن كل الشركاء في الملك يستعملونه
معا كل بنسبة ما يملكه . وفي حالة تنازل بعضهم يستعمل الباقيون الشفعة بنسبة
حصصهم (المادة ٢٦) . وكذلك الحكم بالنسبة لاستعمال الشفعة بين الشركاء في
نفس الحق العيني العقاري (المادة ٢٧) .

وإذا كان الشريك في الملك هو المشتري فإنه يشترك في استعمال حق
الشفعة بنفس الصفة التي يطالب بها باقي الشركاء في الملك ، ويكون اشتراكه في
الشفعة بنسبة حصته قبل الشراء (المادة ٢٩) .

وحقوق الأولوية في استعمال الاسترداد تظل بين المسلمين وفقا لأحكام
الشريعة الإسلامية (المادة ٣٠) .

وللمشتري بعد قيد شرائه inscription de son acquisition أن يعلنه
إلى كل من لم حق في الشفعة ، ويسقط حق هؤلاء إذا لم يستعملوه في خلال
ثلاثة أيام من وقت الاعلان ، ويزاد على ذلك مواعيد المسافة (المادة ٣١) .

وفي حالة عدم قيام المشتري بعمل الاعلان المذكور ينقضى حق الشفعة
بمرور شهرين من تاريخ العقد إذا حصل بحضور الشركاء في الملك ، وفي كل
الأحوال ينقضى بمرور سنة ابتداء من قيد البيع إذا لم يشهد الشركاء في الملك
البيع (المادة ٣٢) .

وليس للشركاء في الملك أن يتنازلوا عن استعمال الشفعة قبل قيد الشراء
في السجل العقاري والا كان التنازل باطلا (المادة ٣٣) .

ويجب استعمال الشفعة بالنسبة لكل الحصص الشائعة المبيعة ، لا بالنسبة
لجزء منها (المادة ٣٤) .

الجزائر (١)

٥٢١ — أجاز قانون ١٦ يـونـيـة سنة ١٨٥١ للمحاكم أن تأذن ، أو ترفض ، بحسب طبيعة العقار وظروف الأحوال ، استعمال الشفعة ضد الأوروبيين .
وحول قانون ٢٦ يـوليـة سنة ١٨٧٣ حق الشفعة الى حق استرداد وراثي لا يمكن أن يتمسك به ضد المشتريين الا الأقارب الذين يرثون بمقتضى الشريعة الاسلامية ، وبالشروط التي تقرها المادة ٨٤١ من المجموعة المدنية الفرنسية .
وقصر تطبيق هذا القانون على التل Tell وعلى الأراضي المسماة الأراضي الفرنسية terres francisées . أما بالنسبة لغيرها من الأراضي فبقيت الشريعة الاسلامية مطبقة في حالة البيع بين المسلمين .

وقد خلق قانون سنة ١٨٧٣ صعوبات جمة ، ولذلك أوجد قانون ١٦ فبراير سنة ١٨٩٧ نوعا جديدا من الشفعة يطبق في حالات معينة . فالمادة ١٧ تقرر أنه اذا طلب شريك في الملك أو وصي أو قيم أو دائن أحد الشركاء في الملك قسمة عقار زراعي ، يملك نصفه على الأقل وطنيون مسلمون ، قسمة عينية أو بطريق التصفية ، كان للمحكمة ، اذا أمكن ذلك ، أن تخص المدعى بجزء من العقار يعادل حقوقه ، واذا كان العقار لا تسهل قسمته لا تطبق المادة ٨٢٧ من القانون المدني ، وفي هذه الحالة تحصل القسمة بين الأسرات ، ويكون للشريك في الملك أو للشركاء في الملك في الحصة المخصصة للأسرة التي ينتمى اليها المدعى الخيار بين قبول التصفية وبين أن يدفع اليه مبلغ من النقود يعادل قيمة حقوقه في العقار . وعند عدم الاتفاق الودي بين الشركاء في الملك في الحصة التي وقعت في نصيب الأسرة يحتكم الى المحكمة ، التي تعين مقدار ما يدفع من النقود ، ويصدر حكمها بالزام المدعى عليهم متضامنين بدفع المقدار المذكور مع الفوائد والمصاريف .

وتطبق المادة ١٧ على الأراضي الفرنسية ، وكذلك على غيرها من الأراضي ، اذا كانت دعوى القسمة أو التصفية قد رفعها دائن أوروبي أو شريك في الملك

أوروبي . ولا تنطبق اذا رُفع الدعوى مسلم على غيره من المسلمين^(١) .
 وبما تقدم يرى أنه في الجزائر يفرق بين الأراضي الفرنسية وغيرها من
 الأراضي . وبالنسبة للأراضي الأولى يجوز للأوروبيين ، كما يجوز للوطنيين ،
 استعمال حق الاسترداد الوراثي وفقا لأحكام المادة ٨٤١ من المجموعة المدنية
 الفرنسية ، على أن يكون تعيين الورثة بين المسلمين بحسب أحكام الشريعة
 الاسلامية .

والوطنيين فقط استعمال نوع الشفعة الجديد الذي نظمه قانون سنة ١٨٩٧ .
 أما بالنسبة للأراضي غير الفرنسية فيجوز للوطنيين أن يستعملوا فيما بينهم
 حق الشفعة وفقا للشريعة الاسلامية ، ولا يجوز لهم أن يستعملوا ضد الأوروبيين
 الا نوع الشفعة الجديد الذي نظمه قانون سنة ١٨٩٧ .
 الهند الانجليزية^(٢)

٥٢٢ — يوجد حق الشفعة في الهند الانجليزية بين المسلمين ، وتحكمه
 قواعد الشريعة الاسلامية . وفي بعض المقاطعات présidencies ، كدراس ،
 لا يعمل بالشفعة ، حتى بين المسلمين ، الا اذا أقرتها العادات المحلية . وفي بعضها ،
 كما في بنجاب Punjab ، صدر تشريع خاص بالشفعة يسرى على المسلمين وغير
 المسلمين^(٣) .

في البلاد غير الاسلامية

اسبانيا

٥٢٣ — ذكر القانون المدني الاسباني ، الصادر في ٢٤ يولييه سنة ١٨٨٩ ،
 نوعين من حقوق الاسترداد القانونية ، الأولى لمصلحة الشركاء في الملك (المادة
 ١٥٢٢) ، والثاني لمصلحة الجيران (المادة ١٥٢٣) ، وهذا النوع الثاني هو

(١) Pouyenne من ٥٧٦ .

(٢) راجع : Wilson (Sir Roland K.) - Anglo-Mohammadam Law, 6th edition, 1930, Chap. XII. § 350-391 A, p. 387-417.

(٣) راجع : Punjab Pre-emption Act. (I of 1913)

الذى يقابل حق الشفعة ، ويكون لمصلحة ملاك الأراضي المجاورة في حالة بيع عقار زراعى fonds rural لا تزيد مساحته على هكتار . وفي حالة التزام بين عدة جيران يقدم ملاك العقار الذى تكون مساحته أقل ، وإذا تساوت مساحة العقارات يقدم من طلب الاسترداد أولا^(١) . وهاك النصوص الخاصة بذلك :

المادة ١٥٢١ من القانون المدنى :

« Le retrait légal est le droit de se substituer à celui qui acquiert une chose par achat, ou dation en paiement, en se soumettant à toutes les conditions stipulées dans le contrat ».

« حق الاسترداد القانونى هو الحق فى الحل محل من انتقل اليه شئ بالشراء ، أو بواسطة الوفاء بتقديم شئ ، مع خضوعه لكل الشروط الواردة فى العقد . »

المادة ١٥٢٢ :

« Le propriétaire d'une chose commune pourra user du droit de retrait, dans le cas d'aliénation au profit d'un étranger, de la part de tous les autres copropriétaires ou de l'un d'eux.

« يجوز لمالك الشئ المشترك أن يستعمل حق الاسترداد فى الحالة التى ينقل فيها جميع الشركاء فى الملك أو أحدهم شيئا لمصلحة أجنبى . فاذا أراد اثنان أو أكثر من الشركاء فى الملك استعمال حق الاسترداد ليس لهم ذلك الا بنسبة حصصهم فى الشئ المشترك » . »

المادة ١٥٢٣ :

« De même les propriétaires de fonds limitrophes auront le droit de les retrayer, lorsqu'il s'agira de la vente d'un fonds rural dont la con-

« كذلك لمالك العقارات المتجاورة الحق فى استردادها اذا كان البيع خاصا بعقار زراعى لا تزيد

(١) المواد ١٥٢٤ و ١٥٢٥ و ١٥١١ و ١٥١٨ من القانون الاسبانى المذكورة فيما على .

tenance n'excède pas un hectare.

Le droit dont parle le paragraphe précédent n'est pas applicable aux terres voisines, mais séparées par des ruisseaux, fossés, fondrières, chemins et autres servitudes apparentes au profit d'autres fonds.

Si deux ou plusieurs voisins usent en même temps du droit de retrait, on préférera celui qui est propriétaire du fonds de moindre contenance, et si les fonds sont égaux, celui qui a le premier demandé le retrait ».

« On ne pourra exercer le droit de retrait que dans les neuf jours à dater de l'inscription sur le registre, et à défaut d'inscription, du moment où le retrayant a eu connaissance de la vente.

Le retrait de communauté exclut le retrait de voisinage ».

« Dans le retrait légal, il y a lieu d'appliquer les dispositions des articles 1511 et 1518 ».

مساحته على هكتار واحد .

ولا ينطبق الحق المذكور في الفقرة السابقة على الأراضي المجاورة التي تفصلها جداول أو خنادق أو مناقع أو طرق أو غيرها من حقوق الارتفاق الظاهرة لمصلحة عقارات أخرى .

وإذا استعمل حق الاسترداد في نفس الوقت جاران أو أكثر يفضل الجار الذي يكون مالكاً للعقار الأقل مساحة ، وإذا تساوت العقارات يفضل الجار الذي طالب بالاسترداد أولاً .

المادة ١٥٢٤ :

« لا يجوز استعمال حق الاسترداد إلا في خلال تسعة أيام من تاريخ القيد في السجل ، وعند عدم القيد من الوقت الذي علم فيه المسترد بالبيع .

وحق استرداد الأموال المشتركة يمنع من حق استرداد الجوار » .

المادة ١٥٢٥ :

« تطبق في حق الاسترداد القانوني نصوص المادتين ١٥١١ ، ١٥١٨^(١) » .

ألمانيا

٥٢٤ — جاء القانون الألماني بنصوص خاصة بحق الشفعة ، في المواد

(١) المادتان ١٥١١ و ١٥١٨ وأردتان في موضوع « حق الاسترداد الاتحادي » —

٥٠٤ — ٥١٤ ، والواد ١٠٩٤ — ١١٠٤ من مجموعته المدنية . ولكن حق الشفعة المذكور في هذه المواد ليس حقا قانونيا ، لأن مصدره اما الاتفاق واما التصرف المضاف الى ما بعد الموت disposition de dernière volonté (المادة ١٩٣٩) ، ويكون في الغالب لمصلحة البائع في حالة بيع المشتري ما اشتراه . وعلى ذلك فهو يختلف عن حق الشفعة الوارد في القانون المصري ، والذي ينظمه القانون لمصلحة أشخاص معينين . على أن حق الشفعة في القانون الألماني قد يكون قانونيا أيضا ، كما هو الحال بالنسبة لحق الاسترداد الوراثي الذي تقررره المواد ٢٠٣٤ — ٢٠٣٦ لمصلحة الورثة ، ولكن هذا الحق يختلف عن حق الشفعة ، وهو خاص بمجموع الحصة الموروثة ، ولا يقرر حقا مباشرا على كل الأشياء التي تكونها . وتوجد حالات عديدة للشفعة القانونية في التشريعات الخاصة بالولايات Etats ، مثلا فيما يتعلق بالمناجم mines ، وبزراع الملكية expropriation .

ومصدر الشفعة في القانون الألماني القانون اليوناني الروماني والقانون الجرمانى .

٥٢٥ — نصوص القانون الألماني^(١) — نظم القانون الألماني حق

= أو بيع الوفاء réméré ، ونصهما :
المادة ١٥١١ :

يحل المشتري في جميع حقوق البائع
droits et actions du vendeur".
ودعاؤه .

" Le vendeur ne pourra faire usage de son droit de retrait sans rembourser à l'acheteur le prix de la vente et en outre :

» لا يبيع البائع استعمال حق الاسترداد اذا لم يدفع للمشتري ثمن البيع ، وعلاوة على ذلك :

1o. Les frais de contrat et toute autre dépense légitime occasionnée par la vente;

١ — مصروفات العقد وكل مصروف مشروع آخر ترتب على البيع .

2o. Les dépenses nécessaires et utiles faites sur la chose vendue".

٢ — المصروفات الضرورية والنافعة التي أنفقت على الشيء المباع .

(١) راجع : Code Civil Allemand, promulgué le 18 Août 1896, entré en vigueur le 1er Janvier 1900, traduit et annoté par C. Bufnoir et autres, t. II, 1906.

الشفعة في موضعين مختلفين: في المواد ٥٠٤ — ٥١٤ التي بينت علاقات الالتزام التي قررها بين الشفيع والمالك الحالي ، والمواد ١٠٩٤ — ١١٠٤ التي تعطى حق الشفعة بشروط معينة صفة الحق العيني الذي يحتج به على الغير أيا كان . وتقرير حق الشفعة العيني يكون وفقا لنصوص المواد ٨٧٣ وما بعدها ، حتى لو كان ناشئا عن وصية .

وهذه هي نصوص المواد المتقدم ذكرها :

المادة ٥٠٤ :

« Quiconque a droit à la préemption relativement à un objet peut exercer le droit de préemption dès que l'obligé a conclu avec un tiers un contrat de vente sur l'objet » .

« لكل من له حق شفعة متعلق بشيء أن يستعمل حق الشفعة متى أبرم المزم بهذا الحق عقد بيع على الشيء » .

ويجب أن يكون العقد الذي أبرم مع الغير عقد بيع . فإذا لم يكن العقد بيعا ، بأن كان عقد مقايضة أو هبة ، فإنه لا يخول استعمال حق الشفعة .

وتجوز الشفعة ولو أن المبيع جزءا فقط من الشيء .

المادة ٥٠٥ :

« L'exercice du droit de préemption s'effectue par voie de déclaration à l'obligé. La déclaration n'est pas soumise aux formes établies pour le contrat de vente. »

« استعمال حق الشفعة يحصل بإعلان المزم بهذا الحق . ولا يخضع الاعلان للإجراءات المقررة لعقد البيع .

Avec l'exercice du droit de préemption, la vente entre l'ayant droit et l'obligé se trouve réalisé conformément aux dispositions convenues entre l'obligé et le tiers » .

ومتى استعمل حق الشفعة انعقد البيع بين الشفيع والمزم بالشفعة وفقا للشروط المتفق عليها بين المزم بالشفعة والغير » .

واعلان الشفيع لا يترتب عليه في القانون الألماني حلول الشفيع محل المشتري في العقد الذي أبرم معه ، وإنما يحصل الاعلان بانه عقد بيع جديد مستقل بين

الشفيع والمشفوع ضده ، ولكن هذا البيع الجديد يتعقد بالشروط التي أبرم بها البيع الذي كان مقودا مع الغير .
المادة ٥٠٦ :

« La convention passée entre l'obligé et le tiers, aux termes de laquelle la vente serait subordonnée au non-exercice du droit de préemption ou par laquelle le droit de résiliation serait réservé à l'obligé en cas d'exercice du droit de préemption, est inefficace à l'égard de l'ayant droit à la préemption ».

« لا يسرى على الشفيع الاتفاق المبرم بين المزمع بحق الشفعة والغير الذي يتضمن تعليق البيع على عدم استعمال حق الشفعة ، أو الذي بمقتضاه يحتفظ بحق الفسخ للمزمع بالشفعة فيما اذا استعمل حق الشفعة » .

تضمنت المادة ٥٠٦ استثناء للقاعدة المذكورة في المادة ٥٠٥ التي بمقتضاها يتعقد البيع الجديد بشروط البيع المبرم مع الغير . فاذا كان البيع المقود مع الغير معلقا على شرط فاسخ ، أو كان البائع قد احتفظ بحق الفسخ ، فإن هذه الشروط كان يجب أن تسرى على البيع الثاني الناتج عن الشفعة ، ولكن المادة ٥٠٦ جاءت باستثناء بالنسبة للحالة التي يكون فيها الشرط القاسخ المتفق عليه مع الغير هو عدم استعمال الشفعة ، أو التي ينص فيها على الاحتفاظ بحق الفسخ بسبب هذا الاحتمال ، فثل هذه الشروط تعتبر بالنسبة للغير ، ولكن لا يحتج بها على المشتري الجديد ، أي الشفيع .
المادة ٥٠٧ :

« Lorsque le tiers dans le contrat s'est obligé à une prestation accessoire que l'ayant droit à la préemption est hors d'état d'effectuer, celui-ci, à la place de la prestation accessoire, doit en acquitter la valeur. Lorsque la prestation accessoire n'est pas susceptible d'évaluation en argent, l'exercice du droit de préemption est exclu; toutefois la

« اذا التزم الغير في العقد بأداء تعهد تابع لا يستطيع الشفيع القيام به كان على الشفيع أن يؤدي ، بدلا من التعهد التابع ، قيمته . وإذا لم يكن التعهد التابع قابلا للتقدير قد لا يجوز استعمال حق

الشفعة ، ومع ذلك لا يعتد بالتعهد convention relative à la prestation accessoire n'est pas prise en considération, quand le contrat avec le tiers aurait été conclu même sans elle » .
 التابع لو أن العقد مع الغير كان يمكن ابرامه بدون ذلك التعهد .

تتضمن المادة ٥٠٧ استثناء آخر لحكم المادة ٥٠٥ . وكان هناك اقتراح قبل أن تصبح المادة نهائية يقضى بأن الشفع لا يكون له أن يدفع قيمة التعهد التابع قدما الا اذا ثبت أن المزم بحق الشفعة كان يعقد البيع مع الغير بمثل هذه الشروط ، أى يدفع جميع الثمن قدما بدلا من جل بعضه قدما وبعضه تمهيدا تبعا عينيا ، ولكن وجد أن مثل هذا الاثبات قد يجر الى صعوبات عملية لا يمكن قبولها ، وأن مثل النص المقترح يؤدي الى ايجاد طريقة سهلة لمنع حق الشفعة ، فلم يوافق عليه .

واذا كان التعهد التابع لا يمكن تقديره قدما لا تجوز الشفعة . ولكن خوفا من الاحتيال على منع الشفعة ، بوضع تعهد تابع لا يمكن تقديره بالنقود بقصد منع الشفعة ، أجاز لدى الشأن أن يثبت أن العقد مع الغير كان يمكن أن يبرم من غير التعهد التابع ، وروى أنه يمكن القضاة من غير صعوبة تقدير ما اذا كان الشرط التابع ليس له غرض الاعرقلة حق الشفعة . ولكن اذا كان الشرط جديا لا تجوز الشفعة . وفي الواقع فان البيع المقود بهذه الصفة يكون عقدا من نوع خاص sui generis ، مختلفا عن البيع العادى ، والشفعة لا تجوز الا فى البيع .

المادة ٥٠٨ :

« Lorsque le tiers a acheté l'objet auquel se réfère le droit de préemption avec d'autres objets moyennant un prix global, l'ayant droit à la préemption doit acquitter une fraction proportionnelle du prix global. L'obligé peut exiger que la préemption s'étende à toutes les choses qui ne pourraient être séparées sans préjudice pour lui » .

« اذا اشترى الغير الشيء الذى تعلق به حق الشفعة مع أشياء أخرى مقابل ثمن اجمالى وجب على الشفع أن يدفع جزءا نسبيا من الثمن الاجمالى . وللزم بالشفعة أن يشترط أن تتناول الشفعة كل الأشياء التى لا يمكن فصلها دون الاضرار به » .

المادة ٥٠٩ :

« Lorsque, pour le paiement du prix, un délai d'exécution a été accordé au tiers dans le contrat, l'ayant droit à la préemption ne peut se prévaloir de ce délai qu'en effectuant prestation de sûreté pour la somme ainsi soumise à ce délai d'exécution.

Lorsque l'objet de la préemption est un fonds, la prestation de sûreté n'est pas exigible dans la mesure où, pour le prix soumis à un délai d'exécution, il a été consenti à la constitution d'une hypothèque sur le fonds ou lorsque, en acompte sur le prix de vente, il y a eu reprise d'une dette pour laquelle hypothèque existe sur l'immeuble ».

« L'obligé doit communiquer sans retard à l'ayant droit à la préemption le contenu du contrat passé avec le tiers. A la communication de l'obligé est assimilée la communication du tiers.

Le droit de préemption relativement à un fonds ne peut être exercé que jusqu'à l'expiration de deux mois et, pour tout autre objet, que jusqu'à l'expiration d'une semaine à partir de la réception de la communication. Lorsqu'un délai a été fixé pour l'exercice du droit, celui-ci court à la place du délai légal ».

ولا يشترط اعلام الشفيع بالنصوص الحرفية للمقد . ولكن يجب أن يكون

« اذا منح الغير، في العقد ،

أجلا للقيام بدفع الثمن ، فليس للشفيع أن يستفيد من هذا الأجل الا اذا قدم كفالة بالنسبة للمقدار الذي أجل الوفاء به .

واذا كان محل الشفعة عقارا

فتقديم الكفالة لا يكون لازما في الحالة التي يتفق فيها على ترتيب رهن تأميني على العقار لضمان الثمن الذي أجل الوفاء به ، أو اذا اتفق على أن يخصم من ثمن المبيع دين مضمون برهن تأميني على العقار .

المادة ٥١٠ :

« يجب على المزم بحق الشفعة

أن يعلم الشفيع من غير تأخير بفحوى العقد للبرم مع الغير . ويكون اعلام الغير مماثلا لاعلام المزم بالشفعة .

ولا يجوز استعمال حق الشفعة

في العقار الا في ميعاد شهرين ، وفي غير العقار في ميعاد أسبوع من وقت تسلم الاعلام . واذا عين ميعاد لاستعمال الحق فانه يسرى بدل الميعاد القانوني » .

الاعلام كاملا من حيث محتويات العقد واسم الغير . واذا لم يعلم الشفيع من غير تأخير يجب تعويضه عن الضرر الذي يلحقه .

ويبدأ الميعاد من الوقت الذي يتسلم فيه الشفيع اعلان المزم بموجب الشفعة أو اعلان الغير . واذا لم يحصل الاعلان لا يسقط حق الشفعة بمضى زمن معين . فحق الشفعة لا يسقط بمضى المدة ، بل يبقى حتى يسقط بسبب آخر ، كموت الشفيع (المادة ٥١٤) ، أو اقضاء الميعاد المتفق عليه لاستعماله .

المادة ٥١١ :

« Le droit de préemption, dans le doute, ne s'étend pas à la vente consentie à un héritier légal en considération d'un droit d'hérédité futur ».

« عند الشك لا يسرى حق الشفعة على البيع الحاصل لوارث شرعى باعتبار ما سيؤول اليه في تركة مستقبلية » .

المادة ٥١٢ :

« Le droit de préemption est exclu lorsque la vente s'effectue par voie d'exécution forcée ou par le syndic de faillite ».

« لا يستعمل حق الشفعة اذا وقع البيع بطريق التنفيذ الجبرى أو بمعرفة « سنديك »^(١) التفليسة » .

المادة ٥١٣ :

« Lorsque le droit de préemption appartient à plusieurs en commun, il ne peut être exercé que pour le tout. Lorsqu'il est perdu pour l'un des ayants droit ou que l'un d'eux n'exerce pas son droit, les autres sont fondés à exercer le droit de préemption pour le tout ».

« اذا كانت الشفعة من حق متعددين معا لا يسوغ استعمالها الا بالنسبة لكل المال المشفوع فيه . فاذا سقط حق أحد الشفعاء أو اذا لم يستعمل أحدهم حقه كان للباقي استعمال حق الشفعة بالنسبة لكل المال المشفوع فيه » .

المادة ٥١٤ :

« Le droit de préemption n'est pas cessible et n'est pas transmissible aux héritiers de l'ayant droit, à moins qu'il n'en ait été disposé autrement. Lorsque le droit a été restreint dans les limites d'un délai déterminé, dans le doute, il est transmissible par succession ».

« لا يجوز التنازل للغير عن حق الشفعة ، ولا انتقاله الى وريثة الشفيع ، الا اذا نص على خلاف ذلك . واذا قيد استعمال الحق بميعاد معين فانه عند الشك يتنقل بالميراث » .

ومبنى هذا النص قصد المتعاقدين ، فانه وان كان حق الشفعة معتبر بحسب القانون العام مرتبطا بالشخص ، فانه لا يكون كذلك اذا كان يجب استعماله في ميعاد معين ، فقصد المتعاقدين يكون جواز استعماله مهما حدث .
المادة ١٠٩٤ :

« Un immeuble peut être grevé, au profit d'un tiers, du droit de préemption à l'encontre du propriétaire.

« يجوز أن يحمل المقار لمصلحة الغير بحق الشفعة ضد المالك .

Le droit de préemption peut aussi être établi au profit du propriétaire, quel qu'il soit, d'un autre immeuble ».

ويجوز كذلك أن يرتب حق الشفعة لمصلحة مالك عقار آخر أيا كان هذا المالك » .

المادة ١٠٩٥ :

« Une fraction indivise d'un fonds ne peut être grevée du droit de préemption que lorsqu'elle constitue la part d'un propriétaire ».

« الجزء الشائع من المقار لا يجوز تحميله بحق الشفعة الا اذا كون حصة أحد الملاك » .

وذلك لأن الشيوع في ذاته مكروه ، وحق الشفعة استثنائي ، فلا يجوز ترتيب حق الشفعة بمعرفة المالك المستقل بالمقار على حصة شائعة من عقاره . وليس للمشتاع أن يرتب حق الشفعة على جزء من حصته الشائعة ، ولكن للمالك أن يرتب حق الشفعة على جزء مفرز من المقار .

المادة ١٠٩٦ :

« Le droit de préemption peut s'étendre aux accessoires vendus avec le fonds. S'il y a doute, on doit présumer qu'il s'étend à ces accessoires ».

« يجوز أن يتناول حق الشفعة التوابع المبيعة مع العقار . وعند الشك يجب اقتراض تناوله هذه التوابع » .

المادة ١٠٩٧ :

« Le droit de préemption n'existe que pour le cas de vente par celui, qui, lors de la constitution de ce droit, était propriétaire de l'immeuble, ou par ses héritiers; néanmoins il peut aussi être établi pour plusieurs cas, ou pour tous les cas de vente ».

« لا يوجد حق الشفعة الا في حالة البيع ممن يكون وقت ترتيب هذا الحق مالكا للعقار أو من ورثته . ومع ذلك يجوز ترتيبه بالنسبة لعدة حالات أو لكل حالات البيع » .

فيمكن إيجاد حق شفعة مستمر جائز استعماله في أى وقت ، خصوصا في الحالة التي تكون فيها الشفعة لمصلحة مالك أيا كان لعقار مجاور أو لعقار له بعض الروابط الاقتصادية مع العقار المحمل . وهذا يختلف عن حق الشفعة الإلزامي الذي لا يوجد الا في حالة بيع معينة .

المادة ١٠٩٨ :

« Les rapports juridiques de l'ayant droit et de l'obligé se règlent d'après les articles 504 à 514. Le droit de préemption peut s'exercer, même lorsque l'immeuble est vendu à l'amiable par le syndic de la faillite. »

« تنظم العلاقات القانونية بين الشفيع واللزم بحق الشفعة على حسب المواد ٥٠٤-٥١٤ . ويجوز استعمال حق الشفعة حتى لو بيع العقار وديا بمعرفة « سنديك »^(١) التفليس .

A l'égard des tiers, le droit de préemption a l'effet d'une prénotation garantissant le droit au trans-

وبالنسبة للغير يكون لحق الشفعة من الأثر ما للتأشير الذي

(١) وكيل الدائنين .

يكفل الحق عند نقل الملكية *fert de propriété qui résulte de l'exercice de la préemption* .
الناتج من استعمال الشفعة » .

والملزوم الذى تتكلم فيه الفقرة الأولى يجب أن يشملوا من رتب حق الشفعة وورثته ، وكذلك فى الحالة التى يرتب فيها الحق لعدة حالات من البيوع الخلقاء الخاصين لقرر حق الشفعة الذى ينتج حق الشفعة أثره ضده .

وانه وان كان يمكن مخالفة هذه الأحكام بالنسبة لحق الشفعة الإلزامى فان هذا غير ممكن فيما يتعلق بحق الشفعة العينية . فالإتفاق على ما يخالف هذه النصوص لا يكون صحيحا . وينبنى على ذلك أنه لا يجوز ترتيب حق شفعة عينية بثن معين .

وبناء على المادة ٥١٢ حق الشفعة الإلزامى يسقط اذا وقع البيع بالتنفيذ الجبرى أو بمعرفة « سنديك » التفليسة (وكيل الدائنين) . وبالنسبة لحق الشفعة العينية بمقتضى المادة ١٠٩٨ يجب التفريق بين حالتين :

(١) ان كان العقار المحمل بالشفعة قد بيع وديا بواسطة السنديك (وكيل الدائنين) جاز استعمال الحق .

(٢) ان كان قد بيع بالمزاد لا يجوز استعمال حق الشفعة ، فما على الشفيع الا أن يزايد .

وبناء على الفقرة الأخيرة ليس لحق الشفعة أثر لغاية استعمال هذا الحق . فلا يمنع المزم بالشفعة من ترتيب حقوق عينية أو من البيع . ولكن اذا استعمل حق الشفعة يجب التفريق بين حالتين : بالنسبة لمشتري العقار ، وبالنسبة للغير .

فالزم بالشفعة الذى باع عقاره اذا سلمه الى الشفيع لا يوجد ارتباط بين المشتري والشفيع . واذا سلمه الى المشتري لا يزول حق هذا الأخير *ipso facto* حتما

باستعمال الشفعة . فلى الشفيع أن يقاضى المزم بالشفعة الذى يجب عليه أن يسلم العقار . أما المشتري وخلفاؤه العامون والخاصون فلزمون بالمادة ٨٨٨ بالرضاء بقيد الشفيع كالك وب تسليم العقار ، ولكهم يستطيعون الدفع بنفس الدفع التى للمزم بالشفعة .

وبالنسبة للغير الذين اكتسبوا حقا على العقار قبل وقوع حالة البيع المعينة لا يكون لاستعمال الشفعة أثر ضدم . وعلى عكس ذلك تكون الحقوق اللاحقة باطلّة . ويسرى من يوم الاعلام ميعاد الشهرين القانوني أو الميعاد الاتفاقى .

المادة ١٠٩٩ :

« Lorsque l'immeuble est acquis par un tiers, celui-ci peut, de la même façon que l'obligé, communiquer à l'ayant droit la teneur du contrat de vente, avec les effets spécifiés à l'art. 510, alinéa 2. »

« إذا اشترى العقار غير فله أن يعلم الشفيع بفحوى عقد البيع بنفس الطريقة التى للزم بالشفعة ، ويكون لذلك الآثار المبينة فى الفقرة الثانية من المادة ٥١٠ . »

L'obligé doit aviser le nouveau propriétaire, sitôt que le droit de préemption est exercé ou devient caduc ».

« ويجب على للزم بحق الشفعة أن يعلن المالك الجديد بمجرد استعمال حق الشفعة أو سقوطه . »

المادة ١١٠٠ :

« Le nouveau propriétaire, s'il est l'acheteur ou le successeur de l'acheteur, peut refuser son consentement à l'inscription de l'ayant droit comme propriétaire et la délivrance de l'immeuble, jusqu'à ce que le prix de vente convenu entre lui et l'obligé, s'il a été payé, lui ait été remboursé. Lorsque l'ayant droit obtient son inscription comme propriétaire, le propriétaire antérieur peut exiger de lui, contre délivrance de l'immeuble, le remboursement du prix payé ».

« يجوز للمالك الجديد إذا كان هو المشتري أو وارث المشتري أن يرفض رضاه بقيد الشفيع كمالك وتسليم العقار حتى يدفع اليه ثمن البيع المتفق عليه بينه وبين المزم بحق الشفعة ان كان قد سدّد . وإذا حصل الشفيع على قيده كمالك فللمالك السابق أن يطلب منه مقابل تسليم العقار اداء الثمن المدفوع . »

وهذه المادة هى تطبيق لحق الحبس .

المادة ١١٠١ :

« Lorsque l'ayant droit est tenu, conformément à l'article précédent, de rembourser à l'acheteur ou à son successeur juridique le prix de la vente, s'il est libéré de l'obligation de payer le prix dû pour la préemption ».

« عند ما يكون الشفيع ملزماً وفقاً للمادة السابقة بدفع ثمن البيع إلى المشتري أو إلى وارثه القانوني فإنه يبرأ من الالتزام بدفع الثمن المستحق من أجل الشفعة .

فيوجد نوع من الحلول ويترتب عليه أن الشفيع الذي يبرأ نحو الملزم بالشفعة يكون ملزماً نحو المشتري .

المادة ١١٠٢ :

« Lorsque l'acheteur, ou son successeur juridique, perd la propriété de l'immeuble, par suite de l'exercice du droit de préemption, il demeure libéré, s'il n'a pas encore payé son prix, de l'obligation de le payer; s'il a payé son prix, il ne peut le répéter ».

« إذا قد المشتري أو وارثه القانوني ملكية العقار بسبب استعمال حق الشفعة فإنه يظل بريئاً من الالتزام بدفع الثمن ، وإن كان قد سدده فليس له أن يسترده » .

هذه المادة هي أيضاً نتيجة للحلول ، إذ يحل الشفيع هنا محل الملزم بالشفعة ، فالمشتري الذي نزع ملكه يبرأ من واجباته ، ويبرأ الملزم بالشفعة نحوه مما يدفعه الشفيع إليه . ولا يبقى للمالك الذي نزع ملكه الدين قبل الشفيع ، وهذا الدين يكون مضموناً بحق الحبس .

ولا ينطبق هذا النص إلا إذا صار المشتري مالكا . فإذا لم يحصل على الملكية فإن العلاقات القانونية تبقى من جهة بين الملزم بالشفعة والمشتري منه ، وكذا بين المشتري والمشتري منه أن وجد ، وتنظمها القواعد العامة .

المادة ١١٠٣ :

« Le droit de préemption qui appartient au propriétaire, quel qu'il soit, d'un immeuble ne peut pas être séparé de la propriété du dit immeuble.

« حق الشفعة الذي للمالك العقاري إذا كان هذا المالك لا يجوز فصله عن ملكية العقار المذكور .

Le droit de préemption qui ap-

وحق الشفعة الذي يكون

partient à une personne déterminée لا يجوز ارتباطه
ne peut être lié à la propriété d'un
immeuble ». ملكية عقار » .

في الحالة المذكورة في المادة يصبح حق الشفعة من لوازم ملكية العقار الذي
رتب لمصلحته الحق . وإذا أراد الماقدون فصله عن ملكية هذا العقار وجب
عليهم فك حق الشفعة وترتيب حق جديد . ولكن حق الشفعة الجديد لا تكون
له مرتبة القديم ، بل مرتبة خاصة به تعينها نصوص المادتين ٨٧٩ و ٨٨٠ .
المادة ١١٠٤ :

« Si l'ayant droit est inconnu, اذا كان الشفيع مجهولا
il peut être déclaré forclos de son جاز اسقاط حقه في الشفعة بواسطة
droit de préemption, au moyen de الاجراءات التحريضية اذا توافرت
la procédure provocatoire, lorsqu' شروط المادة ١١٧٠ الخاصة باسقاط
on se trouve dans les conditions حقوق الدائنين المرتهنين . وحكم
prévues à l'article 1170 pour la for- الاسقاط المذكور يترتب عليه
clusion des créanciers hypothécai- انقضاء حق الشفعة .
res. Le prononcé du jugement de
forclusion entraîne l'extinction du
droit de préemption.

La présente disposition n'est وهذا النص لا ينطبق على
pas applicable au droit de préemp- حق الشفعة الذي للمالك العقار
tion qui appartient au propriétaire, أيًا كان هذا المالك » .
quel qu'il soit, d'un immeuble » .

٥٢٦ - من الاسترداد الوراثي :

المادة ٢٠٣٤ :

« Lorsqu'un des héritiers vend اذا باع أحد الورثة حصته
sa part à un tiers, ses cohéritiers الى آخر كان لباقي الورثة حق
ont sur ce dernier un droit de pré- شفعة عليه .
emption.

Le délai pour exercer ce droit وميعاد استعمال هذا الحق
est de deux mois. Le droit de pré- شهران . وحق الشفعة يجوز
emption est héréditaire » . وراثته » .

ولا يجوز استعمال حق الشفعة بمعرفة الورثة منفردين ، بل يجب استعماله منهم جميعا في نفس الوقت . وقد قرر هذا الحق لمنع العقود الربوية على الخصوص .
المادة ٢٠٣٥ :

« Si la part vendue est livrée à l'acheteur, les cohéritiers peuvent exercer contre celui-ci le droit de préemption que l'article 2034 leur donne contre le vendeur. Le droit contre le vendeur s'éteint par la remise qu'il a faite de sa part héréditaire. »
إذا سلمت الحصة المبيعة إلى المشتري جاز للورثة أن يستعملوا ضد حق الشفعة الذي تخولهم إياه المادة ٢٠٣ ضد البائع . وينقضى حق الشفعة ضد البائع بتسليم حصته في التركة .

Le vendeur est tenu de faire connaître sans retard cette remise à ses cohéritiers » .
ويجب على البائع أن يعلم بهذا التسليم باقي الورثة من غير تأخير .

وال التزام البائع بإعلام باقي الورثة لا يمنع تطبيق الفقرة الأولى من المادة ٥١٠ .
وتقع الشفعة من غير اجراء خاص . ويصير المال للورثة كما لو كانت الحصة الموروثة قد بيعت لهم .
المادة ٢٠٣٦ :

« La remise de la part héréditaire aux cohéritiers libère l'acheteur de sa responsabilité dans les obligations de la succession. Toutefois sa responsabilité subsiste en tant qu'il est responsable envers les créanciers de ladite succession, aux termes des articles 1978 à 1980; on applique les dispositions des articles 1990 et 1991 » .
« تسليم الحصة الموروثة إلى الورثة يخلى المشتري من مسؤوليته في التزامات التركة .
ومع ذلك فتبقى مسؤوليته مادام مشغولا نحو دائني التركة بحسب نصوص المواد ١٩٧٨ — ١٩٨٠ . وتطبق نصوص المادتين ١٩٩٠ و ١٩٩١ » .

خاتمة

هل يجب الاحتفاظ بنظام الشفعة في التشريع المصرى ؟

٥٢٧- نصوص الشفعة - استمد القانون المصرى أحكام الشفعة من الشريعة الاسلامية ، وقد نص عليها أولا في المجموعة المختلطة في المواد ٩٣ - ١٠١ ، والمادتين ٥٦٢ و ٥٦٣ من المجموعة المدنية ، والمادة ٧١٩ من مجموعة المرافعات ، ولما صدرت المجموعات الأهلية نقل الشارع أحكام القانون المختلط الخاصة بالشفعة في المواد ٦٨ - ٧٥ من المجموعة المدنية ، غير أن العمل أظهر أن نصوص الشفعة الواردة في المجموعات المختلطة والأهلية ليست وافية لقض المنازعات المختلفة الناشئة عنها ، فسن الشارع قانونا جديدا خاصا بالشفعة ، صدر به الأمر العالى في ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠ بالنسبة للقضاء المختلط ^(١) ، وفي ٢٣ مارس سنة ١٩٠١ بالنسبة للقضاء الأهل .

وقد نقل الشارع المصرى عن القانون الفرنسى أحكام حق استرداد الحصة

(١) وقد جاء في تقرير المستشار انقضى سنة ١٨٩٩ ، بخصوص مشروع الأمر العالى المذكور ، ما يأتى : « ان قانون الشفعة الحالى طالما نشأ عنه ضرر دائم لكثير من الناس ، وتيسيت عنه شكاوى ، خصوصا من مصلحة القومين ، ومشروع الأمر العالى المقترح في هذا الشأن ، ولو لم يمرض على لجنة دولية ، فقد صادقت على أحكامه محكمة الاستئناف المختلطة ، وأيدتها في جلستها في ١٨ يناير و ١٢ يونيه سنة ١٨٩٧ . الشفعة هي نظام خاس بالمرصة الاسلامية الفراء ، ينحول بعض الأشخاص ، شركاء ومتضفين أو ملاك مجاورين ، الحق في أن يحلوا بأنفسهم محل مشترعين بواسطة دفع الثمن المرسوم والمصاريف التى صرفت ، الا أن قواعد الشفعة لم توضع كما ينبئ في القانون المختلط ، اذ أن واضع هذه القوانين ربما لم يكونوا على علم تام بمقتضى تفاصيلها ، على أن أهمية هذا الموضوع ظاهرة جلية ، لأن حق الشفعة يعتبر عامما عطييا لحرة الماملات في القفار التى هو أم منبع للثروة في البلاد الزراعية ، فكان من الضروري تفسير الأحوال التى تجوز فيها الشفعة بكيفية أوضح ، بل من الضروري وضع اجراءآت تكون مرضية أكثر في استعمال هذا الحق ، وخصوصا تبين الزمن الذى فى خلاله يسوغ قبول الشفعة لأجل منع تطبيقها لأجل غير مسمى ، حتى لا يبق المشترون مهملين على الدوام بالأخذ بها » .

المبيعة قبل القسمة ، ونص عليها في المادة ٥٦١ من المجموعة المدنية المختلطة ، ثم في المادة ٤٦٢ من المجموعة المدنية الأهلية .

٥٢٨ — الشفعة في الشريعة —

الاسلامية لم يتفقوا على ثبوت الشفعة الا للشريك في الملك . وذهب الشافعي وأحمد ومالك وأهل المدينة الى أنه لا شفعة للجار ولا للشريك في حقوق المبيع^(١) . وقد أوردنا حجج القائلين بثبوت الشفعة بسبب الجوار^(٢) ، وحجج المبطلين لشفعة الجوار^(٣) . بل لقد اختلف الفقهاء أيضا بالنسبة للشركة ، فرأى مالك في احدى روايته والشافعي أن كل ما لا ينقسم لا شفعة فيه ، ورأى أبو حنيفة ومالك في روايته الأخرى أن في ذلك الشفعة^(٤) ، وقد ذكرنا حجج الرأيين^(٥) .

٥٢٩ — الشفعة في المجموعة المدنية —

المجموعة المدنية الخاصة بالشفعة (المواد ٦٨ — ٩٣/٧٥ — ١٠١) — قبل الغائها — أعطت حق الشفعة : (١) معير الأرض الذي يأذن المستعير بالبناء ، (٢) الشريك في العقار غير المقسوم ، (٣) الجار . ولاحظنا أن علماء الحنفية لم يخولوا معير الأرض حق الشفعة ، والتي خول هذا الحق هم علماء المالكية ، ولذلك تساءلنا عن سبب النص على منح معير الأرض حق الشفعة مع أن المذهب الحنفي هو المعمول به في مصر ، والظاهر أن الشارع استمد حكمها من المؤلفات الفرنسية التي تتكلم في المذهب المالكي المعمول به في الجزائر^(٦) .

٥٣٠ — الشفعة في قانونه الشفعة —

رأينا أيضا أن قانون الشفعة

(١) بنفذة ١٦ .

(٢) بنفذة ١٧ .

(٣) بنفذة ١٨ .

(٤) بنفذة ٢٠ .

(٥) بنفذة ٢١ وبنفذة ٢٢ .

(٦) بنفذة ٥٣ .

أعطى حق الشفعة : (١) مالك الرقة ، (٢) الشريك الذى له حصة مشاعة ، (٣) صاحب حق الانتفاع ، (٤) الجار للمالك ^(١) .

ولم يأت قانون الشفعة بحكم الشريعة الخاص بالشركة فى حقوق المبيع ، وهى عبارة عن الاشتراك فى حق الارتفاق الخاص بالطريق أو الشرب ^(٢) ، كما لم يأت بما قرره المجموعة المدنية من اعطاء معير الأرض حق الشفعة .

٥٣١ - مالك الرقة - لاحظنا بالنسبة للمالك الرقة أن قانون الشفعة اعطاه حق الشفعة ، مع أن الشفعة بمقتضى أحكام الشريعة الاسلامية لا توجد الا فى حالة بيع عقار ، كما أنه لم يكن له هذا الحق بمقتضى أحكام المجموعة المدنية ^(٣) .

٥٣٢ - صاحب حق الانتفاع - ونحن بالنسبة لصاحب حق الانتفاع أن القانون اعطاه حق الشفعة بمقتضى المادة ٢ ، مع أنه ليس لصاحب حق الانتفاع الحق فى طلب الشفعة بحسب الشريعة الاسلامية ، وكذلك لم تعطه هذا الحق المجموعة المدنية ، ولذلك لم نفهم سبب النص عليه فى قانون الشفعة ، مع أن المفهوم أن القانون المذكور كان الغرض منه تقييد حق الشفعة ، لا التوسع فيه ، ومع أن حق الانتفاع حق مؤقت وشخصى للمتفع لا ينتقل للورثة ، فهو أساس واه للشفعة لا يبرر تضحية حق المشترى الذى انتقل اليه حق دائم هو حق الملكية . فضلا عن أن نص المادة ٢ الخاص بصاحب حق الانتفاع محل للنقد الشديد . يضاف الى ذلك أن حق الانتفاع قليل الاستعمال فى مصر ^(٤) .

٥٣٣ - الشريك - أعطى القانون المصرى الشريك طريقين للحصول على الحصة المبيعة : طريق الشفعة فى حالة بيع حصة شائعة فى عقار معين ،

(١) بنّدة ٥٧ وما بعدها .

(٢) بنّدة ٢٦ .

(٣) بنّدة ٥٢ وما بعدها .

(٤) بنّدة ٧٤ .

سواء أ كان البيع لأجنبي أم لشريك آخر ^(١) ، وطريق استرداد الحصة المبيعة في حالة بيع حصة شائعة في مجموع تركة أو شركة أو في عقار معين ، اذا كان البيع لأجنبي (المادة ٤٦٢/٥٦١) . وقد استعرضنا الآراء الكثيرة المختلفة التي انقسمت اليها المحاكم بسبب وجود هذين الطريقتين ، ورأينا أن بعض هذه الآراء ينكر حق الاسترداد مع وجود حق الشفعة ، ومنها ما يميز حق الاسترداد في بعض الأحوال دون البعض الآخر ، ومنها ما يميز حق الاسترداد مستقلا عن حق الشفعة في جميع الأحوال ^(٢) .

٥٣٤ - الجار - قلنا بالنسبة للجار انه بمقتضى نصوص المجموعة المدنية كان مجرد المجاورة يكفي للشفعة من غير شرط آخر ، وكان من نتيجة ذلك أن انتقال الملكية كان يترتب عليه في معظم الأحوال حق الشفعة للجار ، مما أدى المتعاقدين الى ابتداع طرق مختلفة لمنع الشفعة ، كاستثناء الجزء الفاصل بين العقار المبيع وعقار الجار من البيع . لهذا قرر قانون الشفعة شروطا أخرى ، فنح الجار الشفعة في ثلاث أحوال ، اذ فرق بين الأحوال الآتية :

- (١) أن يكون العقار المشفوع من المباني أو الأراضي المصددة للبناء ، وفي هذه الحالة يكفي التلاصق من جهة .
- (٢) أن يكون العقار المشفوع من الأراضي غير المبنية أو غير المصددة للبناء ، وفي هذه الحالة يشترط التلاصق من جهتين ، وأن تساوى أرض الشفيع نصف قيمة الأرض المشفوعة .
- (٣) أن يوجد حق ارتفاق للعقار المشفوع به على العقار المبيع ، أو العكس ، وفي هذه الحالة يكفي التلاصق من جهة مع وجود حق الارتفاق ^(٣) .

(١) راجع نبذة ٦١ وما بعدها .

(٢) راجع نبذة ٤٩٦ وما بعدها .

(٣) نبذة ٧٧ .

وقد رأينا أن قانون السودان ، المستمد من قانون الشفعة المصري ، لم يمنح الشفعة ، بسبب الجوار ، الا (١) المالك المجاور لأرض مقرر لها حق ارتفاق على الأرض المبيعة أو عليها حق ارتفاق للأرض المبيعة عند بيع أرض عليها مبان أو أرض يراد البناء عليها ، (٢) المالك المجاور

وقد قلنا ان علة منع حق الشفعة في الحالة التي يكون فيها حق الارتفاق مقررا على المين المبيعة لشفعة عقار الجار غير ظاهرة ، لأن حق الارتفاق حق عيني ، ويبقى مقترنا بالعقار المقرر عليه هذا الحق مهما انتقل العقار المذكور من يد الى أخرى ، فلا يؤثر بيع العقار في وجوده ^(١) .

٥٣٥ - مزايا ومضار الشفعة - ينأ فيما سبق أن الشفعة وان كان لها مزايا ، لها مضار جسيمة ^(٢) ، منها أن في استعمالها تقييدا لحرية المالك وحرية التعاقد ، اذ بمقتضاها يجبر المشتري على التخلي عن العقار الذي اشتراه رغم ارادته . ولذلك تشير المحاكم الأهلية والمختلطة بوجود عدم التوسع فيها وحصرها في أضيق حدودها . وقد انتقد علماء الشريعة أنفسهم حق الشفعة ، حتى ذهب بعضهم الى القول بأن القياس يأبى ثبوت حق الشفعة ، لأنه ينتزع من المشتري ما ملكه ملكا صحيحا بغير رضاه ، وذلك لا يجوز ، لأنه من نوع الأكل بالباطل ، ولأنه بالأخذ يدفع الضرر عن نفسه على وجه يلحق فيه الضرر بالمشتري في ابطال ملكه عليه ، وليس لأحد أن يدفع الضرر عن نفسه بالاضرار بغيره ^(٣) .

٥٣٦ - ما نراه بالنسبة لشفعة مالك الرقبة وصاحب حق الانتفاع - لما تقدمت قترح ، اذا ما عدل قانون الشفعة ، الفاء شفعة مالك الرقبة وصاحب حق الانتفاع ، فان فائدة هذين النوعين من الشفعة تكاد لا تكون عمليا ، اذ من النادر في مصر ترتيب حقوق انتفاع ، وانه وان كان الاستحقاق في

= عند بيع أرض مروية متى كانت الأرض المبيعة وأرض المالك المجاور كلتاها داخلة في نفس الساقية أو في وحدة أخرى من وحدات الري غير الساقية (بنّدة ٥١٠) .
قارن القانون الاساسي ، المادة ١٥٢٣ (ما تقدم بنّدة ٥٢٣) .

(١) بنّدة ٩٣ .

(٢) راجع بنّدة ٧ .

(٣) راجع ما تقدم بنّدة ٥ .

الوقف ، وهو كثير الانتشار ، يشبه حق الانتفاع ، فإنه لا يصلح أساسا للشفعة ^(١) .

٥٣٧ — ما نراه بالنسبة لشفعة الجار — قد اختلف الكتاب في شفعة الجوار ، فرأى بعضهم النساء من التشريع المصري ^(٢) ، ورأى بعض آخر الاحتفاظ بها ^(٣) . ونحن من الرأى القائل بالناء شفعة الجوار .

٥٣٨ — وتتلخص حجج القائلين ببقاء شفعة الجار فيما يأتى :

(١) التقاليد التاريخية : الأصل فى حق الشفعة أنه وجد لتقوية الروابط الاجتماعية ولتقوية وحدة الأسرة ، ففرض الشارع أن الجيران أعضاء أسرة واحدة ، وأوجد الشفعة لعدم تمكين الأجانب من التدخل بينهم ومضايقتهم أو خلق المتاعب والمنازعات لهم . فهل تغيرت الحال الآن ، وأصبحت هذه الفكرة عتيقة وبعيدة عن الحقيقة ؟ إذا جاز القول بهذا فى البلاد الأوروبية فالحال فى مصر غير ذلك ، إذا لا يزال التضاfer بين أعضاء الأسرة موجودا ، وخصوصا بين الفلاحين . والقلاح شديد التعلق بأرض آبائه ، وليس شئ أشق على نفسه من خروجها من أسرته ، ولا أحب اليه من الاضافة إليها . فلا غرابة إذا تعلق بالأنظمة التى تساعده على تحقيق ذلك ، وأخصها الشفعة .

التقاليد الدينية : ان الشفعة ، وان لم يرد عنها نص فى القرآن الكريم ، تستند على السنة التى يقدها المسلمون ، ويعتبرونها الثانى لشرعهم بعد كتاب الله . ولا شك فى أن المصريين ، وما هم عليه من شدة التعلق بدينهم ، لن يقبلوا عن طيب خاطر إلغاء نظام أساسه الدين .

(١) راجع ما تقدم تبته ١٢٤ — وقد أحسن قانون السودان ، الستمدة أحكامه من قانون الشفعة المصرى ، فى عدم منح حق الشفعة مالك الرقة وصاحب حق الانتفاع (ما تقدم تبته ٥١٠) .

(٢) راجع فورجير ص ٣٦١ وما بعدها — نصر الله ص ١٢٩ وما بعدها .

قارن معنى بك « فى الأموال » تبته ٤٤٩ وما بعدها .

(٣) محمود فهمى ص ٣١٩ وما بعدها .

القائدة العملية : مما لا نزاع فيه أن حياة السلم المنزلية يجب أن تكون بعيدة عن تكشف غيره لها ، ومهما اتخذ الانسان من الوسائل لحمايتها من الأعين ، فخير ضمان لحزمة منزله هو امتلاك ما جاوره من ملك . وإذا كانت هذه القاعدة تمنح سكان الحضر ، فإن الفلاح في الشفعة من القوائد ما يدعو للإبقاء عليها ، فيها يستطيع أن يزيد ملكه ، ويحقق بذلك سهولة استغلاله . وشفعة الجار ترفع الكثير من ضرر الانحصار الذي يشكو منه الملاك في فرنسا وغيرها من الممالك . موافقتها للعدالة : شفعة الجار لا يترتب عليها أى ضرر ، ولا توقع غنبا بأحد ، فالشفعون منه يعاد الى المركز الذي كان فيه قبل الشراء ، فيرد اليه ما دفعه من ثمن ومصاريف ، وأما البائع فلا ضرر يحمي به ، إذ يدفع اليه الثمن الذي أرادته من الصفقة ، بل قد يتنفع من الشفعة إذا كان الثمن مؤجلا للشفعون منه ، إذ ليس للشفيع الاستفادة من ذلك . فالشفعة إذن مفيدة للشفيع ، ولا ضرر منها على البائع ، ولا على الشفعون منه .

وفي النهاية يستدلون على وجوب الاحتفاظ بشفعة الجار بأن القانون الاسباني نص عليها في مجموعته المدنية الصادرة في ٢٤ يولييه سنة ١٨٨٩ ، فلا محل للقول بأنها قدت قيمتها في العصر الحديث .

٥٣٩ — ومن السهل الدفاع عن الرأي القائل بالنفاء بشفعة الجوار ، وهو رأى الكثرة من المؤلفين الذين عرضوا لهذا الموضوع ^(١) .

وقد وصف دى هلس حق الشفعة بأنه اعتداء صارخ على حرية التعاقد . وقال انه من جراء الشفعة يجبد البائع الذي كان يعتزم البيع الى شخص معين أنه قد باع الى شخص آخر . وإذا كان يدافع خاص من المصلحة أو العاطفة قد أعطى من تعاقد معه مزايا تجعل صفقته رابحة فإنه يجد أن مزايا هذه الصفقة الراجعة قد تحولت الى ثالث لم تكن له أية مصلحة في محاباته ، بل انه ربما لم يكن ليقبل البيع له . نعم ان القانون الجديد حاول ازالة هذا الضرر بتعريمه الشفعة عند ما يكون البيع بين الأصول والتروع أو بين الزوج والزوجة أو بين

(١) راجع فورجير ص ٣٦١ وما بعدها .

الأقارب الى الدرجة الثالثة ، ولكن هذا مسكن غير كاف ، لأنه في مثل هذه الأحوال التي يجابى فيها أحد المتعاقدين الآخر كثيرا ما تكون الصداقة ذات أثر أقوى من صلات القرابة التي يفككها الى درجة ما تضاد المصالح المادية ، وهذا ملحوس في مصر أكثر من غيرها ، لأنها بلاد الأسرات المتشعبة الناشئة عن زيجات متعددة . وحقا لقد كان من الصعوبة بمكان الأخذ بمجرد اعتبارات الصداقة أو العطف ، وكان لزاما على الشارع أن يقتصر على الأخذ بأسباب أكثر دواما وأسهل في الإثبات من مجرد الصداقة ، غير أن ذلك ليس بكاف لوضع الأمور في نصابها ، وإن كان قد عمل الشارع كل ما في طاقه لتخفيف حدة ذلك النظام ^(١) .

ويقول هالتون ان الشفعة تخلق أخطر حد من حرية التصرف في الملك ، وتخرق حرية التعاقد ، وإذا لم ينظم استعمالها بناية وحكمة فانها تدخل في ملكية

De Hults : v. "Préemption", § 2 :

(١) دى هلتس نبذة ٢

"La préemption est la violation la plus flagrante de la liberté des contrats.

"En effet, par l'effet de la préemption, le vendeur qui avait la volonté de vendre à une personne déterminée se trouve avoir vendu à une autre personne, et si, à raison de quelque motif particulier d'intérêt ou d'affection, il a fait à son co-contractant des conditions de faveur, de manière à le faire bénéficier d'une bonne affaire, tous les avantages de cette bonne affaire passeront à un tiers, qu'il n'avait aucun intérêt à favoriser et à qui il n'eût peut être pas consenti à vendre.

"Il est vrai que la loi nouvelle a essayé de faire disparaître cet inconvénient en prohibant la préemption quand la vente qui y donne ouverture a eu lieu entre ascendants et descendants, entre mari et femme, ou entre parents jusqu'au troisième degré; mais c'est là un palliatif bien insuffisant, car dans les faveurs de ce genre, l'amitié a souvent une influence bien plus considérable que les liens de famille, qui se relâchent toujours plus ou moins, quand les intérêts pécuniaires sont en jeu; et cela est aussi vrai qu'ailleurs en Egypte, pays à familles complexes issues de plusieurs lits.

"Il était difficile, du reste, de faire entrer en ligne de compte de simples liens d'amitié ou de bienveillance, et il fallut bien se borner à ne prendre en considération que des causes plus permanentes et plus faciles à constater légalement que la simple amitié, et l'on a fait ce que l'on a pu; mais ce n'était pas assez pour faire bien".

راجع أيضا نبذة ٤ .

العقار عنصرا ضارا هو عدم الاستقرار^(١).

ويرد على حجج الرأي المجذ لشعبة الجوار بالآتي :

التقاليد التاريخية : قالوا ان من أسباب بقاء حق الشفعة التقاليد التاريخية ، أى كونه حقا قديما استمكن في عادات البلاد وأخلاقها ، حتى أصبح عرفا محترما .
يرد على ذلك بأن تلك الحجة في ذاتها كافية لانفاء هذا الحق . فلكونه أصبح قديما ، لا يتفق مع نظام المجتمع الحالي ، ولكون الأسباب التي دعت لوجوده قد زالت ، وجب أن يزول تبعها ، أو يعدل حتى يصبح صالحا للبقاء في التشريع الحديث . وهل تردد الشارع الفرنسي مثلا في الغاء ما رآه غير متفق مع عصره من حقوق الاسترداد القديمة المختلفة ، وقد كان يزيد عددها على خمسة وعشرين^(٢) ؟ وإذا جاز قيام هذه العقبة في سبيل حرية التصرفات في العصر القديم ، فلا معنى لبقائها ، بعد أن تغير نظام الملكية العقارية ، لمجرد احترام تقاليد بالية . ولا يغير من هذا كون بعض قرى مصر ، أو على وجه التعمين بعض قرى الصعيد ، لا تزال متمسكة بملكية الأسرة لا جبار أغلبية السكان على احتمال نظام مكروه . وليس أدل على كراهية هذا النظام من تلك الطرق التي يمتثلون بها لتفادي تطبيقه . فالبائع كثيرا ما يترك في عقد البيع مساحة ضيقة من الأرض لينع تلاصق الملك المبيع بملك الشفيع المحتمل^(٣) ، أو يهب المشتري تلك المساحة لينع الشفعة^(٤) ، أو يبالغ الطرفان في الثمن . وقد جوز فقهاء الشريعة ، وعلى الأخص الامام أبو حنيفة التحايل لاسقاط الشفعة ، لأنها من الحقوق غير المستحبة ، وذكروا وجوها كثيرة من الحيل التي تستعمل لحرمان الشفيع من

(١) هالتون ص ١٦٤ : Halton, I, p. 164

"Preemption... constitutes a most serious restriction of the right of free disposal of property and a violation of the liberty of contract, and, if its exercise is not carefully and reasonably regulated, introduces a mischievous element of uncertainty into the tenure of property".

(٢) ما تقدم ٤٥٣ .

(٣) راجع ما تقدم نبذة ٩٩ وما بعدها .

(٤) راجع ما تقدم نبذة ١٦٢ .

استحقاق الشفعة^(١) . ولا غرابة في ذلك ، فالشفعة ضارة اقتصاديا ، وهي مصدر غزير للنزاع والتقاضى . ويظهر ضررها الاقتصادى في كونها تحد من حرية الاتجار ، وتبعاً لذلك تنقص الثروة العامة ، وفي كونها تعبت بالتين الحقيقى فتفسده . وعدم الاطمئنان يدفع بالمشتري الى طرق كل باب لتمطيل استعمال حق الشفعين ومضايقته في شفيعته .

الحجة الدينية : لا تقف هذه الحجة حائلا دون انفاء شفعة الجار ، أو تناول نظام الشفعة بالتعديل . وقد رأينا أن نفس فقهاء الشريعة الاسلامية يسلمون بأن حق الشفعة حق غير مستحب ، ولم يتفقوا على من يكون له هذا الحق ، وأنكر أكثرهم اعطائه الجار ، ولم يقل باعطائه إياه إلا الامام أبو حنيفة . بل لقد أنكر بعضهم حق الشفعة من أساسه .

ومما لا نزاع فيه أن المشرع يستطيع اقتباس القواعد الشرعية من أى مذهب يراه أوفق لمصالح المتقاضين .

الفائدة العملية : أما الحجة المبنية على ما لشفعة الجار من الفائدة العملية ، ففضلا عن كونها لا تضمن الامصلحة الشفعين ، مضحية مصلحة البائع والمشتري ، فهي لا تقيد الأكابر الملاك الذين يستطيعون بالشفعة حرمان الفلاح الصغير من ملك اشتراه بما ادخره من مال . وليست هذه سياسة الشارع المصرى الحديث ، ويكفى دلالة على ذلك قانون حماية الملكية الصغيرة (قانون الخمسة الأفدنة) . أما فائدة شفعة الجار في رفع ضرر الانحصار فلا تكفى لبقاء ذلك النظام ، اذ يمكن رفع الانحصار بغير حرمان المشتري مما اشتراه . وان كان من فوائد شفعة الجوار تمكين الملاك من ضم الأراضى الشفوع فيها الى أملاكهم واستغلالها قطعة واحدة ، بدلا من بقاءها مجزأة متباعدة مما يصعب معه استغلالها على الوجه الأنتم ، فهذه الفائدة لا تعادل ما سبق بيانه من الضرر المترتب على وجود هذا النظام ، ومع ذلك اذا أريد ضمان عدم تميزتة الملك تميزتة ضارة باستغلاله أمكن ذلك من غير

حاجة لنظام الشفعة ، كما فعل الشارع الفرنسى ^(١) .

أما فائدة الشفعة فى منع ضرر الجوار غير المرغوب فيه فشكوك فيها ، اذ فضلا عن أن القوانين والوائح للعمول بها كقيلة بذلك ، فان للملاحظ الآن أن الأملاك العقارية ، خصوصا فى المدن ، لا يشغلها الملاك بأنفسهم ، بل كثيرا ما يتركون استغلالها والانتفاع بها لمستأجر هو صاحب الحيازة المادية ، وهو الجار الحقيقى ، ولا سبيل للمالك الى منعه من مجاورته .

ومع ذلك فحجة منع اضرار الجوار لا تكفى ، لحرمان المشتري من ملك اشتراه ، وصفقة عقدها لنفسه ، واجبار البائع على نقل ملكه الى شخص قد يكره المعاملة معه .

حجة العدالة : أما حجة العدالة فناقطة ، اذ أن مجرد رد الثمن وملحقاته الى المشتري لا يعوضه عن صفقة تعب فى الوصول اليها . وقد حدث مرارا فى مصر ، فى أثناء اشتداد الأزمات ، أن اشترت عقارات ، ثم يميت بعد زمن قليل بزيادة مضاعفة ، فهل من العدالة حرمان المشتري من ربحه المشروع ، ومنح الشفع كسبا هو فى الواقع ثمرة جهود المشتري ؟ وضرر الشفعة هذا يتعدى المشتري الى البائع ، اذ ليس صحيحا الادعاء بأن مصلحة البائع فى البيع تنحصر فى قبض الثمن ، فقد يكون لاعتبارات الصداقة شأن كبير فى حصول البيع ، ولهذا استثنى الشارع كما رأينا البيع للأقارب ^(٢) . ولكن هذا الاستثناء لا يمنع تحويل نفع أراد البائع تقديمه لصديق الى شخص لا يهم البائع أمره أو الى عدوله ما كان يقبل النزول عن الصفقة اليه بأضعاف الثمن الذى دفع . وهل هناك سلب لحرية التعاقد أبعد أثرا من هذا ؟ .

(١) راجع القانون الصادر فى ٢٧ نوفمبر ١٩١٨ للتبوع بالأمر العالى الصادر فى ٥ يولى سنة ١٩٢٠ ، والقانون الصادر فى ٤ مارس ١٩١٩ للتبوع بالأمر السالى الصادر فى ١٠ سبتمبر سنة ١٩٢٠ .

جوسران ١ نيف ١٤٤١ .

(٢) نيف ٢٢٠ وما بعدها .

٥٤٠ - ما نراه بالنسبة لشفعة الشريك - للشريك كما أسلفنا طريقان

للحصول على الحصة الشائعة المبيعة : طريق الشفعة ، وطريق استرداد الحصة المبيعة قبل القسمة . وأنا نرى بقاء شفعة الشريك في الملك ، مع توحيد الطريقين ، وبعبارة أخرى بقاء حق استرداد الحصة المبيعة مع تطبيق قيود الشفعة عليه ، أى أن يكون للشريك المشاع ، مهما كان سبب الشيوع ، حق الشفعة في الحصة الشائعة التي يبيعها أحد الشركاء إلى أجنبي ، سواء أكانت الحصة شائعة في مجموع حقوق والتزامات أم في عقار معين ^(١) . وقد رأينا أن جميع فقهاء الشريعة الإسلامية متفقون على شفعة الشريك ^(٢) ، ولم يختلفوا إلا على نوع الشركة التي

(١) وقد عرفنا فيما سبق أن قانون السودان ، المستمد من قانون الشفعة المصري ، يقصر شفعة الشركة على الشريك على الشيوع عند بيع حصة شائعة في العقار لأى شخص هو غير شريك على الشيوع في ذلك العقار (نبة ٥١٠) .

(٢) وقد بين صاحب المعنى (جزء ٥ ص ٤٦٠) مزايا شفعة الشركة ، فقال : قال ابن النذر أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما يبيع من أرض أو دار أو حائط . والمعنى في ذلك أن أحد المريكين إذا أراد أن يبيع نصيبه وتمكن من بيعه لمريكة وتخليصه مما كان بصده من توقع الخلاص والاستخلاص فالذى يقتضيه حسن العشرة أن يبيعه منه ليصل إلى غرضه من بيع نصيبه وتخليص شريكه من الضرر ، فإذا لم يفعل ذلك وباعه لأجنبي ، سلط الفسخ للمريكة على صرف ذلك إلى نفسه . ولا تعلم أحدا خالف هذا إلا الأسم ، فإنه قال لا تبت الشفعة ، لأن في ذلك اضراما بأرباب الأملاك ، فإن المشتري إذا علم أنه يؤخذ منه إذا ابتاعه لم يبتعه ويتقاعد الشريك عن الشراء ، فيستضرر المالك . وهذا ليس بشيء ، لخالفته الآثار الثابتة ، والاجماع المتقدم قبله . والجواب عما ذكره من وجهين : أحدهما أنا نشاهد الشركاء يبيعون ولا يصد من يشتري منهم غير شركائهم ولم يمنهم استحقاق الشفعة من الشراء . الثاني أنه يمكنه إذا لحقه بذلك مشقة أن يقاسم فيسقط استحقاق الشفعة .

وجاء في « أعلام الموقعين » (٢ ص ٢٤٧ - ٢٤٨) : من محاسن الشريعة وعدلها وقيامها بمصالح المباد ورودها بالشفعة ، ولا يلقى بها غير ذلك ، فإن حكمة الشارع اقتضت رفع الضرر عن المسكين ما أمكن ، فإن لم يمكن رفعه إلا بضرر أعظم منه بقاء على حاله ، وإن أمكن رفعه بالتزام ضرر دونه رفعه به ، ولما كانت الشركة منشأ الضرر في الغالب ، فإن الخطأ يكثر فيهم بنى بعضهم على بعض ، شرع الله سبحانه رفع هذا الضرر بالقسمة تارة وانفراد كل من المريكين بنصيبه ، وبالشفعة تارة وانفراد أحد المريكين بالجملة إذا لم يكن على الآخر ضرر في ذلك ، فإذا أراد بيع نصيبه وأخذ عوضه كان شريكه أحق من الأجنبي =

تخول الشفعة ، فقال بعضهم ان الشفعة لا تكون فيما لا يحتمل القسمة ، وقال آخرون انها جائزة فيما ينقسم وفيما لا ينقسم^(١) ، ونحن نرى الشفعة في المال المشاع ، سواء أكان يقبل القسمة أم لا يقبلها .

وقصر الشفعة على البيع الحاصل للأجنبي ، دون البيع الحاصل لشريك آخر ، لا يخالف أحكام الشريعة ، فقد جاء في المغني^(٢) : وان كان المشتري شريكا فللشفيع الآخر أن يأخذ بقدر نصيبه ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي . وحكى عن الحسن والشعبي والبتي لا شفعة للآخر ، لأنها تثبت لدفع ضرر الشريك الداخل ، وهذا شركته متقدمة فلا ضرر في شرائه . وحكى ابن الصباغ عن هؤلاء أن الشفعة كلها لغير المشتري ، ولا شيء للمشتري فيها ، لأنها تستحق عليه ، فلا يستحقها على نفسه .

== وهو يصل الى غرضه من العوض من أيهما كان ، فكان الشريك أحق بدفع العوض من الأجنبي ، ويزول عنه ضرر الشركة ، ولا يتضرر البائع لأنه يصل الى حقه من الثمن .

(١) راجع بقية ٢٠ وما بعدها وبقية ٢٣٦ .

وقد جاء في « أعلام الموقعين » (٢ ص ٢٤٨) : اختلفت أفهام العلماء في الضرر الذي قصد الشارع رفعه بالشفعة . فقالت طائفة هو الضرر اللاحق بالقسمة ، لأن كل واحد من الشريكين اذا طالب شريكه بالقسمة ، كان عليه في ذلك من المؤنة والكلفة والفراقة والضيق في مرافق المنزل ما هو معلوم ، فانه قبل القسمة ربما ارتفق بالدار والأرض كلها وبأى موضع شاء منها ، فاذا وقت الحدود ضاقت به الدار وقصر على موضع منها ، وفي ذلك من الضرر عليه ما لا يخفاء به ، ففكره الشارع بحكمته ورحمته من رفع هذه المضرة عن نفسه بأن يكون أحق بالمبيع من الأجنبي الذي يريد الدخول عليه ، وحرّم الشارع على الشريك أن يبيع نصيبه حتى يؤذن شريكه ، فان باع ولم يؤذنه فهو أحق به ، وان أذن في البيع وقال لا غرض لي فيه لم يكن له الطلب بعد البيع . وهذه طريقة من يرى أنه لا شفعة الا فيما يقبل القسمة . وقالت طائفة أخرى انما شرعت الشفعة لرفع الضرر اللاحق بالشركة ، فاذا كانا شريكين في عين من الأعيان بارث أو هبة أو وصية أو ابتاع أو نحو ذلك لم يكن رفع ضرر أحدهما بأولى من رفع ضرر الآخر ، فاذا باع نصيبه كان شريكه أحق به من الأجنبي ، اذ في ذلك ازالة ضرره مع عدم تضرر صاحبه ، فانه يصل الى حقه من الثمن ، ويصل هذا الى استبداده بالمبيع ، فيزوله الضرر عنهما جميعا . . .

ونرى بقاء جميع قيود الشفعة الحالية ، من وجوب اعلان الرغبة في مدة خمسة عشر يوما من وقت العلم بالبيع ، أو من وقت التكليف بابداء الرغبة ، ورفع الدعوى في مدة ثلاثين يوما من تاريخ اعلان الرغبة ، والا سقطت الشفعة ^(١) . على أن تسقط أيضا بمحصول القسمة ، ولو لم تمض المواعيد السابقة . وتسقط بمضى ستة أشهر من تاريخ تسجيل عقد البيع اذا كان مسجلا ، وان لم يكن مسجلا بمضى سنة من تاريخ وضع اليد على العقار للبيع ، وهذا القيد الأخير قد أدخله قانون السودان ^(٢) ، وحسنا فعل ، لأنه من غير هذا القيد كان حق الشفعة يبق معلقا مدة خمس عشرة سنة ، أى المدة التى تنقضى بها الحقوق ما

(١) وقد قيد القانون الاسبانى ، كما رأينا ، حق الاسترداد باستعماله في مدة تسعة أيام من تاريخ القيد في السجل ، وعند عدم القيد من الوقت الذى علم فيه المتردد بالبيع (ما تقدم نبذة ٥٢٣) .

ونس القانون الألمانى ، في المادة ٥٢٦ ، على أن مياد استعمال حق الاسترداد الوراثى شهران (ما تقدم نبذة ٥٢٦) . وكذلك نص في المادة ٥١٠ على أنه لا يجوز استعمال حق الشفعة في العقار الا في مياد شهرين ، وفي غير العقار في مياد أسبوع ، الا اذا عين مياد لاستعمال الحق (ما تقدم نبذة ٥٢٥) .

(٢) راجع ما تقدم نبذة ٥١٥ .

فهرست

صفحة	نبذة	
٣		نصوص القانون
٣		(١) الشفعة في المقار
٣		(١) المجموعة المدنية المختلطة
٤		(٢) مجموعة المرافعات المختلطة
٤		(٣) المجموعة المدنية الأهلية
٥		(٤) قانون الشفعة
١٠		(ب) حق استرداد الحصة المبيعة قبل القسمة
١٠		(١) المجموعة المدنية المختلطة
١٠		(٢) المجموعة المدنية الأهلية
١١		أم المؤلفات المتعلقة بالشفعة

الشفعة في المقار

١٤	١	النصوص الخاصة بالشفعة
١٤	٢	الشفعة لئمة
١٤	٣	تعريف الشفعة
١٥	٤	الاشتباه بالنصب
١٦	٥	مشروعية الشفعة
١٧	٦	حكمة مشروعيتها
١٨	٧	مضار الشفعة وعلم التوسع فيها
٢١	٨	ثبوت الشفعة ولو لم يتحقق الضرر
٢٢		خصائص حق الشفعة
٢٢	٩	حق استثنائي
٢٣	١٠	حق عقارى

نصف	صفحة	
٢٣	١١	حق غير قابل للتجزئة
٢٣	١٢	هل الشفعة حق عيني ؟
٢٨		القانون الواجب تطبيقه في الشفعة
٢٨	١٣	قانون الشفعة الخاص بها
٢٨	١٤	اختلاف النصين العربي والفرنسي
٣١	١٥	الرجوع الى أحكام الشريعة
٣٢		من لهم حق الشفعة
٣٢		(١) في الشريعة الاسلامية
٣٢	١٦	اختلاف في الرأي
٣٢	١٧	حجج القائلين بنبوت الشفعة بسبب الجوار
٣٥	١٨	حجج البطلين لشفعة الجوار
٣٧	١٩	رأى وسط
٣٨		الشركة التي تميز الشفعة
٣٨	٢٠	اختلاف في الرأي
٣٩	٢١	الرأى الأول — لا شفعة فيها لا يحتمل القسمة
٣٩	٢٢	الرأى الثاني — الشفعة جائزة أيضا فيا لا يحتمل القسمة
٤٠	٢٣	رأى الامام أبي حنيفة
٤٠	٢٤	(١) الشركاء
٤٠	٢٥	الشركة في نفس العقار
٤٠	٢٦	الشركة في حقوق العقار
٤١	٢٧	الطريق الخاص
٤٢	٢٩	الشرب الخاص
٤٤	٣٠	(٢) الجيران
٤٥	٣١	الجوار في الدار ذات الطبقات

نبرة	صفحة	
٣٢	٤٥	من له أخشاب على حائط الجار
٣٣	٤٦	الشريك في بناء حائط
٣٤	٤٦	جار الدار ذات المقاصير
٣٥	٤٦	جوار الشرب أو الطريق
٣٦	٤٧	تزاحم الجار مع الشريك
٣٧	٤٧	تزاحم الشفعاء
٣٨	٤٨	رأى لأبي يوسف
٣٩	٤٩	تطبيقات
٤٠	٥٠	في الدار ذات الطبقات
٤١	٥١	في الحائط
٤٢	٥١	في البئر
٤٣	٥٢	تزاحم الشريك في الملك والشريك في الطريق
٤٤	٥٢	تزاحم الشريك في الملك والجار
٤٥	٥٢	تزاحم الشريك في الطريق والجار
٤٦	٥٤	التزاحم بين صاحب الشرب الخاص والجار
٤٧	٥٤	المشترى أحد الشفعاء
٤٨	٥٤	القسمة بين الشفعاء عند تعددهم إذا تساوا
٤٩	٥٦	تقديم الأخص على الأعم
٥٠	٥٦	تقديم حق الشرب على حق الطريق
٥١	٥٧	حق السيل وتقديم حق الطريق عليه
٥٢	٥٧	(٢) نصوص المجموعة المدنية
٥٣	٥٧	(١) معيار الأرض
٥٤	٥٨	(ب) الشريك في العقار غير للقسوم
٥٥	٥٨	(ج) الجار

نبرة	صفحة	
٥٦	٥٩	(٣) قانون الشفعة
٥٧	٦٠	أنواع الشفعاء
٥٨	٦٠	(١) مالك الرقبة
٥٩	٦١	لاشفعة المالك الرقبة عند بيع حق الانتفاع
٦٠	٦٢	تعدد مالكي الرقبة
٦١	٦٢	(ب) الشريك الذي له حصة مشاعة
٦٢	٦٢	بيع حصة مفرزة
٦٣	٦٤	يجب أن تكون الشركة في ذات العقار
٦٤	٦٤	الشريك في الحائط الفاصل بين ملكين .
٦٥	٦٥	الشريك في آلة الري
٦٦	٦٥	لا تكفي الشركة في الحيابة العرضية . .
٦٧	٦٥	الشفعة للشريك وإن لم ترد في قانون أحواله الشخصية
٦٨	٦٥	لاشفعة بعد القسمة
٦٩	٦٥	تعدد الشركاء
٧٠	٦٥	حق استرداد الحصة للبيعة قبل القسمة .
٧١	٦٦	الشركاء في حق الانتفاع
٧٢	٦٧	(ج) صاحب حق الانتفاع
٧٣	٦٨	صاحب حق الانتفاع لم يكن بين الشفعاء قبل قانون الشفعة
٧٤	٦٨	تقد نص المادة ٢ الخاصة بصاحب حق الانتفاع
٧٥	٦٩	تعدد أصحاب حق الانتفاع
٧٦	٦٩	(د) الجار المالك
٧٧	٦٩	ثلاث أحوال للجار
٧٨	٧١	الحالة الأولى - بالنسبة للبيان والأراضي المعدة للبناء
٧٩	٧١	الشرط الأول - التلاصق من جهة

تذ	صفحة	
٧٢	٨٠	المرط الثاني - أن يكون المشفوع من للأرض أو الأراضي المدة لبناء . . .
٧٢	٨١	الشفعة في البناء
٧٩	٨٢	الدور ذات الطبقات . .
٨٠	٨٣	الشفعة في الحسكر
٨٢		هل يشفع بالحسكر ؟ . . .
٨٤	٨٤	الحالة الثانية - الأراضي غير المدة لبناء
٨٤	٨٥	الشرط الأول - التلاصق من جهتين
٨٥	٨٦	المجاورة من جهتين بملكين . .
٨٦	٨٧	المرط الثاني - أن تساوى أرض الشفع نصف قيمة الأرض المشفوعة . .
٨٨	٨٨	الشفعة بين أراضي البناء والأراضي الزراعية
٩٠	٨٩	الحالة الثالثة - وجود حق ارتفاق . .
٩٠	٩٠	الشرط الأول - التلاصق من جهة
٩١	٩١	الشرط الثاني - أن يكون لأحد العقارين حق ارتفاق على الآخر . . .
٩١	٩٢	لعقار المشفوع حق ارتفاق على عقار الشفع
٩٢	٩٣	لعقار الشفع حق ارتفاق على العقار المشفوع
٩٣	٩٤	اشتراك عقارات أخرى في حق الارتفاق
٩٤		شرط التلاصق
٩٤	٩٥	التلاصق هو المرط الأساسي في الشفعة بسبب الجوار
٩٤	٩٦	التلاصق في حالة تعدد المقارات المبيعة .
٩٧	٩٧	مجرد المجاورة لا يكفي
٩٧	٩٨	انعدام التلاصق
٩٩	٩٩	استعمال الحيل لمنع الشفعة
٩٩	١٠٠	في الشريعة الإسلامية

نبذة صفحة

١٠٠	١٠١	في القانون
١٠٠	١٠٢	أحكام المحاكم الأهلية
١٠٢	١٠٣	أحكام المحاكم المختلطة
١٠٢	١٠٤	رأينا
١٠٣		ملكية الجار
١٠٣	١٠٥	يجب أن يكون الجار مالكا
١٠٣	١٠٦	الجار مالك على الشيوع
١٠٣	١٠٧	هل للجار أن يشفع في حصة بيعت على الشيوع
١٠٥	١٠٨	ليس لغير الشفعاء المذكورين في القانون حق الأخذ بالشفعة .
١٠٥		ملكية الشفيع
١٠٥	١٠٩	يجب أن يكون الشفيع مالكا
١٠٧	١١٠	يجب أن تكون ملكية الشفيع سابقة على البيع
١٠٧	١١١	اثبات أسبقية ملك الشفيع
١٠٨	١١٢	بقاء ملكية الشفيع لحين الأخذ بالشفعة
١٠٩	١١٣	الشريك المشتاع في ملكية العين المشفوع بها
١١١	١١٤	لا يشترط انضمام كل المشتاعين لطلب الشفعة
١١٢	١١٥	الشفيع مالك تحت شرط
١١٣	١١٦	رأى أول
١١٤	١١٧	رأى ثان
١١٦	١١٨	رأى ثالث
١١٨	١١٩	هل لواضع اليد الذي لم تتم مدة تقادمه حق الشفعة ؟
١١٩	١٢٠	ما الحكم إذا كان عقد الشفيع باطلا ؟
١١٩	١٢١	عدم تسجيل عقد الشفيع
١٢٥	١٢٢	الاسلام ليس بشرط

صفحة	نقطة	
١٢٦	١٢٣	الذكورة والعقل والبلوغ
١٢٧		فيمين لا شفعة له
١٢٧	١٢٤	الوقف
١٢٨	١٢٥	من لا يملك شراء العقار المشفوع
١٢٨	١٢٦	موظفو المحاكم والمحامون المنوعون من شراء الحقوق المتنازع فيها
١٣٠	١٢٧	الوكلاء المنوعون من شراء الأشياء المنوط بهم بيعها
١٣٠	١٢٨	شفعة الوارث في البيع الحاصل لأجنبي في مرض الموت .
١٣٢	١٢٩	تزامن الشفعاء
١٣٢	١٣٠	(١) الشفعاء من طبقات مختلفة
١٣٣	١٣١	(٢) الشفعاء من طبقة واحدة
١٣٣	١٣٢	حالة تعدد مالكي الرقبة أو الشركاء أو أصحاب حق الانتفاع
١٣٤	١٣٣	حالة تعدد الجيران
١٣٧	١٣٤	طلب بعض الشفعاء كل المبيع
١٣٧		المشتري أحد الشفعاء
١٣٧	١٣٥	في المجموعة المدنية
١٣٨	١٣٦	في قانون الشفعة
١٣٩	١٣٧	المشتري ليس من مرتبة الشفعاء
١٣٩	١٣٨	المشتري من مرتبة الشفعاء
١٤٠	١٣٩	حجب القائلين بجواز الشفعة
١٤٢	١٤٠	حجب القائلين بعدم جواز الشفعة
١٤٥	١٤١	رأينا
١٤٧	١٤٢	العقود التي تجيز الشفعة والتي لا تجيزها
١٤٧		في الشريعة الإسلامية
١٤٧	١٤٣	رأى المالكية

نصف	صفحة	
١٤٤	١٤٨	رأى الشافعية
١٤٥	١٤٨	رأى الحنابلة
١٤٦	١٤٨	رأى الحنفية
١٤٧	١٥٠	التفرقة بين المتقل بموض وبغير عوض . . .
١٤٨	١٥٠	المتقل بموض
١٤٩	١٥١	المتقل بغير عوض
	١٥٢	في القانون
١٥٠	١٥٢	النص القديم
١٥١	١٥٢	قانون الشفعة
١٥٢	١٥٣	المقايضة المقرنة بمعدل
١٥٤	١٥٤	اثبات أن العقد بيع لا مقايضة . . .
	١٥٤	الهبة
١٥٥	١٥٤	في الشريعة الاسلامية
١٥٦	١٥٥	الهبة بشرط العوض
١٥٧	١٥٦	في القانون
١٥٨	١٥٦	إتصاف الهبة بعقد آخر
١٦٠	١٥٨	للموهوب له أن يشفع
١٦١	١٥٨	هبة المشترى المين للشفعة
١٦٢	١٥٩	التحليل بطريق الهبة لمنع الشفعة . . .
١٦٣	١٥٩	الميراث والوصية
١٦٤	١٦٠	القسمة
	١٦١	الصلح
١٦٥	١٦١	في الشريعة الاسلامية
١٦٦	١٦٢	في القانون

نصف	صفحة	
١٦٧	١٦٣	الوفاء بتقديم عين
١٦٨	١٦٣	عقود المبادلة ذات الصفة الخاصة . .
	١٦٥	الوقف
١٦٩	١٦٥	في الشريعة الاسلامية
١٧٠	١٦٦	في المجموعة المدنية
١٧١	١٦٦	في قانون الشفعة
١٧٢	١٦٦	عقود البيع التي تجيز الشفعة
	١٦٦	البيع الفاسد
١٧٣	١٦٦	في الشريعة الاسلامية
١٧٤	١٦٨	في القانون
	١٦٩	البيع بشرط الخيار
١٧٥	١٦٩	في الشريعة الاسلامية
١٧٦	١٦٩	البيع بشرط خيار البائع
١٧٧	١٦٩	هل يجب على التفتع طلب الشفعة عند سقوط الخيار أم عند البيع ؟
١٧٨	١٧٠	خيار المشتري
١٧٩	١٧٠	الخيار للبائع والمشتري معا
١٨١	١٧١	الخيار للتفتع
١٨٤	١٧٢	خيار العيب وخيار الرؤية
١٨٥	١٧٢	الرد بخيار رؤية أو شرط أو عيب بقضاء
١٨٦	١٧٣	في القانون
١٨٧	١٧٣	البيع المعلق على شرط
١٨٨	١٧٤	بيع الوفاء
١٩٠	١٧٦	البيع المعلق على شرط يحذف بنقل الملكية
١٩١	١٧٦	البيع المعلق على شرط عدم استعمال حق الشفعة .

نبة	صفحة	
١٩٢	١٧٧	الاقالة من البيع
١٩٣	١٧٨	البيع الصوري
١٩٤	١٧٨	البيع مع وجود ورقة ضد
١٩٥	١٧٩	عقد البيع الابتدائي
١٩٦	١٨٠	الوعد بالبيع
١٩٧	١٨١	تقديم عقار للشركة
١٩٨	١٨٢	اندماج شركة في أخرى
١٩٩	١٨٢	نزع الملكية للمنفعة العامة
٢٠٠	١٨٢	البيع مقابل ايراد لمدى الحياة
٢٠١	١٨٢	عقد البيع غير المسجل
٢٠٢	١٨٣	حجج القائلين بمجاوز الشفعة فيه
٢٠٣	١٨٧	حجج القائلين بعدم جواز الشفعة
٢٠٤	١٩٢	رأى الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف
٢٠٥	١٩٥	استقرار الأحكام
٢٠٦	١٩٥	الشفعة تكون عن البيع بشروطه
٢٠٧	١٩٦	الأخذ بالشفعة لا يستبريما
٢٠٨	١٩٦	كون الشفيع سبق أن تملك العقار
٢٠٩	١٩٦	اليبوع الصحيحة التي لا تقع فيها الشفعة
	١٩٧	(١) البيع بالمزايدة
٢١٠	١٩٧	النص القديم
٢١١	١٩٧	نص قانون الشفعة
٢١٢	١٩٨	تعارض الأحكام
٢١٣	١٩٩	رأينا
٢١٥	٢٠٢	الحكمة من استثناء البيع بالمزايدة

نصف	صفحة	
٢٠٢	٢١٦	معنى المزايدة
٢٠٣	٢١٨	الدفع بأن العين بيعت بالمزايدة . . .
٢٠٣	٢١٩	عدم التوسع في النص
٢٠٣	٢٢٠	(٢) البيع لبعض الأقارب
٢٠٤	٢٢١	الأصول والفروع
٢٠٤	٢٢٢	عدم التوسع في النص
٢٠٥	٢٢٣	الأقارب
٢٠٦	٢٢٤	الحكمة من استثناء البيع للأقارب .
٢٠٦	٢٢٥	نظر النزاع في القرابة
٢٠٧	٢٢٦	الأصهار
٢٠٧	٢٢٧	القرابة وعدم تجزئة الشفعة . . .
٢٠٨	٢٢٨	(٣) ما يبيع ليحصل محل عبادة
٢٠٨	٢٢٩	الأملاك المعطاة للموظفين بدل المعاش .
٢٠٩		المال الذي تجوز فيه الشفعة
٢٠٩	٢٣٠	في الشريعة الإسلامية
٢٠٩	٢٣١	مذهب المالكية
٢٠٩	٢٣٢	مذهب الشافعية
٢١٠	٢٣٣	مذهب الحنفية
٢١١	٢٣٤	مذهب الحنابلة
٢١٢	٢٣٥	الشفعة في المنقول
٢١٤	٢٣٦	ما لا يمكن قسمته
٢١٥	٢٣٧	السفينة
٢١٥	٢٣٨	في القانون
٢١٧	٢٤٠	عدم تجزئة المقار المبيع

نصف	صفحة	
٢١٧	٢٤١	في الشريعة الاسلامية
٢٢١	٢٤٢	في قانون الشفعة
٢٢٢	٢٤٣	تعدد المشترين
٢٢٤	٢٤٤	تعدد الباعين
٢٢٤	٢٤٥	عدم التجزئة مقرر لمصلحة المشتري
٢٢٥	٢٤٧	تعدد المقارات المبيعة
٢٢٦	٢٤٨	الاجراءات التي تلزم مراعاتها للأخذ بالشفعة
٢٢٦	٢٤٩	في الشريعة الاسلامية
٢٢٦		(١) طلب للموابة
٢٢٦	٢٥٠	للبادرة بمجرد العلم
٢٢٧	٢٥١	علم الشفيع
٢٢٨	٢٥٢	وقت طلب للموابة
٢٢٩	٢٥٣	تطبيقات
٢٣٢	٢٥٧	هل يشترط الاشهاد ؟
٢٣٢	٢٥٨	كيفية الطلب
٢٣٣	٢٥٩	(٢) طلب الاشهاد والتقرير
٢٣٣	٢٦٠	كيفية الطلب
٢٣٥	٢٦٢	مدة طلب التقرير والاشهاد
٢٣٥	٢٦٣	هل يشترط الاشهاد على الطلب ؟
٢٣٦	٢٦٤	(٣) طلب الخصومة والتملك
٢٣٦	٢٦٥	ميعاده
٢٣٧	٢٦٦	كيفية الطلب
٢٣٨	٢٦٧	في القانون
٢٣٩	٢٦٩	أولا — اعلان رغبة الشفيع

نبذة صفحة

٢٤١	٢٧٠	(١) الاعلان كتابة على يد محضر
٢٤١	٢٧١	رأى الشراح
٢٤٢	٢٧٢	رأى المحاكم
٢٤٤	٢٧٣	رأينا
٢٤٤	٢٧٤	(٢) وجوب اعلان البائع والمشتري
٢٤٥	٢٧٥	الاعلان غير لازم اذا رفعت الدعوى في ميعاده
٢٤٦	٢٧٦	(٣) عرض الثمن وملحقاته
٢٤٦	٢٧٧	المراد من العرض
٢٤٧	٢٧٨	الرأى الأول — وجوب عرض الثمن عرضا حقيقيا
٢٥٢	٢٨٠	ايداع الثمن
٢٥٣	٢٨١	الرأى الثانى — العرض الحقيقى ليس بلازم
٢٥٧	٢٨٣	رأى دوائر محكمة الاستئناف مجمعة
٢٦١	٢٨٤	استقرار الأحكام
٢٦١	٢٨٥	هل طلب الشفع خصم دين له على البائع يثنى عن عرض الثمن؟
٢٦٢	٢٨٦	حجز قيمة الرهن
٢٦٢	٢٨٧	المعرض فى حالة شفعة جزء من الأرض المباعة
٢٦٢	٢٨٨	اثمن الصورى
٢٦٤	٢٨٩	اثبات صورية الثمن
٢٦٧	٢٩٣	ملحقات اثمن
٢٦٨	٢٩٥	المصاريف الضرورية أو النافعة
٢٦٩	٢٩٦	(٤) ميعاد اعلان الرغبة فى الشفعة
٢٧٠	٢٩٨	الميعاد بالنسبة لعقد البيع الابتدائى
٢٧١	٢٩٩	اعلان الرغبة فى البيع للملق على شرط
٢٧٢	٣٠٠	اعلان الرغبة فى بيع الوفاء

نقطة	صفحة	
٢٧٣	٣٠١	اعلان الرغبة في البيع الفاسد
٢٧٣	٣٠٢	احتساب ميعاد اعلان الرغبة
٢٧٤	٣٠٣	ميعاد المسافة
٢٧٥	٣٠٤	الخطأ في احتساب للميعاد والدفع بذلك .
٢٧٦	٣٠٥	التكليف الرسمي بإبداء الرغبة
٢٧٧	٣٠٦	علم الشفيغ
٢٨٠	٣٠٧	اثبات العلم
٢٨٢	٣٠٨	طلب الشفعة اللاحق
٢٨٢	٣٠٩	الرجوع في طلب الرغبة
٢٨٢	٣١٠	تسجيل اعلان الرغبة
٢٨٣	٣١١	ما يترتب على اعلان الرغبة من حيث تصرفات المشتري
٢٨٣	٣١٢	مقارنة اجراءات القانون بالاجراءات الشرعية
٢٨٤		ثانياً — رفع دعوى الشفعة
٢٨٤	٣١٣	في القانون المدني
٢٨٤	٣١٤	في قانون الشفعة
٢٨٤	٣١٥	من يرفع الدعوى
٢٨٥	٣١٦	الوكيل في الادارة
٢٨٦	٣١٧	هل للمائى الشفيغ رفع دعوى الشفعة؟
٢٨٦	٣١٨	القاصر
٢٨٦	٣١٩	على من ترفع الدعوى ؟
٢٨٨	٣٢٤	عمل الاعلان
٢٨٩	٣٢٦	رفع الدعوى على المشتري الثانى
٢٩٠	٣٢٧	تعدد البائعين أو للمشتريين
٢٩٠	٣٢٨	هل يصح رفع الدعوى على الوكيل ؟ .

نبذة صفحة

٢٩١	٣٢٩	المطالبة بتمويض لحظاً المحضر في اعلان عريضة الدعوى
٢٩٢	٣٣٠	ميعاد التكليف بالحضور
٢٩٢	٣٣١	احتساب الميعاد
٢٩٤	٣٣٤	مواعيد المسافة
٢٩٤	٣٣٥	عدم قيد الدعوى
٢٩٦	٣٣٦	تقدير القيمة من حيث الاختصاص .
٢٩٦	٣٣٧	انقطاع مدة سقوط الحق ورفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة
٢٩٩	٣٣٨	الحكم بإبطال للرافعة
٢٩٩	٣٣٩	المسائل الفرعية
٢٩٩	٣٤٠	تصحيح الشكل
٣٠٠	٣٤١	دخول خصم ثالث
٣٠٠	٣٤٢	تنازل المشتري عن الصفقة بعد رفع الدعوى .
٣٠٠	٣٤٣	الحكم بوجه السرعة
٣٠٠	٣٤٤	عدم قبول المعارضة في الأحكام النائية
٣٠١	٣٤٥	ميعاد الاستئناف
٣٠٢	٣٤٦	اعلان البائع والمشتري في الاستئناف .
٣٠٣	٣٤٧	عدم قبول المعارضة في الأحكام الاستئنافية
٣٠٤	٣٤٨	طلبات جديدة في الاستئناف
٣٠٤	٣٤٩	القانون الواجب تطبيقه
٣٠٥	٣٥٠	اتسام دعوى الشفعة
٣٠٥	٣٥١	الحكم
٣٠٥	٣٥٢	قوة الشيء المحكوم به
٣٠٦	٣٥٣	مصاريف الدعوى لعدم عرض التمن .
٣٠٦	٣٥٤	شفعة الصبي

نصف	صفحة	
٣٠٨	٣٥٥	مستطقات الشفعة
٣٠٨		أولا — التنازل
٣٠٨	٣٥٦	في الشريعة الاسلامية
٣٠٨	٣٥٧	في القانون المدني
٣١٠	٣٥٨	في قانون الشفعة
٣١٠	٣٥٩	التنازل الصريح
٣١١	٣٦٠	التنازل الضمني
٣١٢	٣٦١	اثبات التنازل
٣١٣	٣٦٢	التنازل عن الشفعة بعد طلبها
٣١٣	٣٦٣	طلب الشفعة بعد التنازل عنها
٣١٤	٣٦٤	التنازل عن الشفعة مقابل تعويض
٣١٤	٣٦٥	في الشريعة الاسلامية
٣١٥	٣٦٦	في القانون
٣١٥	٣٦٧	التنازل عن الشفعة قبل البيع
٣١٧	٣٦٨	المساومة في الشراء
٣١٧	٣٦٩	التنازل بعد الحكم
٣١٧		ثانيا — عدم اظهار الرغبة في الميعاد
٣١٧	٣٧٠	في الشريعة الاسلامية
٣١٨	٣٧١	في القانون المدني
٣١٨	٣٧٢	في قانون الشفعة
٣٢٠	٣٧٣	ثالثا — علم رفع الدعوى في الميعاد
٣٢١	٣٧٤	رابعا — مضي ستة أشهر من تسجيل البيع
٣٢٣	٣٧٨	خامسا — بطلان البيع
٣٢٣	٣٧٩	سادسا — مضي المدة الطويلة

صفحة	نبذة	
٣٢٣	٣٨٠	ساجبا — زوال أحد شروط الشفعة
٣٢٤	٣٨١	جواز الدفع بسقوط الحق في الشفعة في أية حالة
٣٢٤	٣٨٢	هل تسقط الشفعة بموت المشتري أو البائع ؟
٣٢٥		هل تسقط الشفعة بموت الشفيع ؟
٣٢٥		في الشريعة الاسلامية
٣٢٥	٣٨٣	رأى أبى حنيفة
٣٢٦	٣٨٤	رأى الشافعى ومالك
٣٢٦	٣٨٥	رأى الحنابلة
٣٢٦		في القانون
٣٢٦	٣٨٦	اختلاف في رأى
٣٢٨	٣٨٧	الرأى الأول : عدم توارث حق الشفعة
٣٣٠	٣٨٨	الرأى الثانى : توارث حق الشفعة .
٣٣١	٣٨٩	رأى دوائر محكمة الاستئناف بمجتمعة
٣٣٣	٣٩٠	ما يترتب على حق الشفعة
٣٣٣		في الشريعة الاسلامية
٣٣٣	٣٩١	التملك بالرضا
٣٣٤	٣٩٢	التملك بالقضا
٣٣٤	٣٩٣	(ا) البيع في يد البائع
٣٣٥	٣٩٤	(ب) البيع في يد المشتري
٣٣٦	٣٩٥	بماذا يأخذ الشفيع
٣٣٦	٣٩٦	لمن يدفع الشفيع الثمن
٣٣٧	٣٩٧	ما يملك بالشفعة
٣٣٧	٣٩٨	في قانون الشفعة
٣٣٩	٤٠٢	وقت تملك الشفيع

نبرة	صفحة	
٣٣٩	٤٠٣	الرأى القائل بتملك الشفيع من وقت البيع .
٣٤١	٤٠٤	الرأى القائل بتملك الشفيع من وقت الطلب
٣٤١	٤٠٥	الرأى القائل بتملك الشفيع من وقت الحكم
٣٤٣	٤٠٦	رأينا
٣٤٤	٤٠٧	تصرف الشفيع في المشفوع
٣٤٥	٤٠٨	دفع الثمن
٣٤٧		الثن المؤجل
٣٤٧	٤١١	في الشريعة الاسلامية
٣٤٧	٤١٢	رأى الحنفية
٣٤٨	٤١٣	في القانون
٣٥٠		عدم دفع الثمن
٣٥٠	٤١٥	في الشريعة الاسلامية
٣٥٠	٤١٦	في القانون
٣٥٤	٤١٨	هل للشفيع حبس الثمن حتى يظهر الشفيع العين من الرهون ؟
٣٥٤	٤١٩	القوائد
٣٥٥		الاستحقاق للغير
٣٥٥	٤٢٠	في الشريعة الاسلامية
٣٥٥	٤٢١	في القانون
٣٥٦	٤٢٢	الملاك
٣٥٦	٤٢٣	(١) قبل الحكم نهائيا بالشفعة
٣٥٧	٤٢٤	(ب) بعد الحكم نهائيا بالشفعة
٣٥٨	٤٢٦	الملاك الجزئى
٣٥٨	٤٢٧	(١) قبل الحكم نهائيا بالشفعة

نبذة صفحة

٣٦٠	٤٢٨	(ب) بعد الحكم نهائيا بالشفعة
٣٦٠	٤٣٠	العيوب الخفية
٣٦١		تصرفات المشتري قبل الأخذ بالشفعة
٣٦١	٤٣١	في الشريعة الاسلامية
٣٦٣		في القانون
٣٦٣	٤٣٢	حق الاستغلال والادارة
٣٦٤	٤٣٣	التصرفات
٣٦٤	٤٣٤	(١) التصرفات الحاصلة قبل تسجيل طلب الشفعة
٣٦٥	٤٣٥	بيع المشتري العين قبل طلبها بالشفعة
٣٦٦	٤٣٦	رفع الدعوى على المشتري الثانى والبائع له
٣٦٩	٤٣٧	العلمن في البيع الثانى بالصورية
٣٧١	٤٤٣	التصرف في جزء من العقار .
٣٧١	٤٤٤	(ب) التصرفات الحاصلة بعد تسجيل طلب الشفعة
٣٧٣		البناء والفراش
٣٧٣	٤٤٥	في الشريعة الاسلامية
٣٧٤	٤٤٦	في قانون الشفعة
٣٧٦	٤٤٧	مصاريف تحسين العين . . .

حق استرداد الحصة المبيعة قبل القسمة

٣٧٧	٤٤٩	ماهيته
٣٧٧	٤٥٠	حق الاسترداد الوراثى في القانون الفرنسى
٣٧٨	٤٥١	حق الاسترداد في القانون المصرى
٣٧٩	٤٥٣	حقوق استرداد أخرى
٣٨١	٤٥٥	مأخذ للمادة ٥٦٢/٥٦١ .

نصف	صفحة	
٢٨٢		من لهم حق الاسترداد
٣٨٢	٤٥٦	الشركاء في الملك
٣٨٣	٤٥٧	الشركاء الأصليون
٣٨٤	٤٥٨	رأى يجوز استرداد الشركاء غير الأصليين . .
٣٨٦	٤٦٠	ضد من يستعمل حق الاسترداد ؟
٣٨٦		التصرفات التي يترتب عليها استعمال حق الاسترداد
٣٨٦	٤٦٣	بيع حصة شائعة
٣٨٧	٤٦٤	كل أحوال الشيوخ
٣٨٧	٤٦٥	بيع بعض حصة الشريك
٣٨٨	٤٦٦	في مجموع حقوق والتزامات أو في عقار معين . .
٣٨٨	٤٦٧	البيع من أحد الشركاء الأصليين
٣٨٩	٤٦٨	هل يجوز الاسترداد في حالة البيع بالمراد ؟ . . .
٣٨٩	٤٦٩	البيع القاسد
٣٨٩	٤٧٠	البيع المعلق على شرط عدم الاسترداد
٣٩٠	٤٧١	عقود المعاوضة غير البيع
٣٩٠	٤٧٢	لا يجوز الاسترداد في حالة التبرعات
٣٩٠	٤٧٣	عدم قابلية الاسترداد للتجزئة
٣٩١	٤٧٦	ميعاد حق الاسترداد
٣٩٣	٤٧٧	هل يجوز التنازل عن حق الاسترداد ؟
٣٩٣	٤٧٨	اجراءات استعمال حق الاسترداد
٣٩٤	٤٧٩	ما يجب دفعه في حالة الاسترداد
٣٩٥	٤٨٠	التن
٣٩٥	٤٨٢	المصاريف الرسمية
٣٩٦	٤٨٣	المصاريف الضرورية أو النافعة

تدفئة	صفحة	
٤٨٤	٣٩٧	فوائد التمن
٤٨٥	٣٩٧	امتياز المتقاسم
٤٨٦	٣٩٨	ميعاد الدفع
٤٨٧	٣٩٨	ما يترتب على حق الاسترداد
٤٨٨	٣٩٩	فيما بين المسترد والمسترد منه
٤٨٩	٤٠٠	تسجيل الحكم
٤٩٠	٤٠١	تأجيل دفع التمن
٤٩١	٤٠٢	الحقوق التي رتبها المشتري
٤٩٢	٤٠٢	فيما بين البائع والمشتري
٤٩٥	٤٠٣	بيع الحصة الشائعة ثانيا
٤٩٦	٤٠٤	مقارنة حق الاسترداد بالشفعة
٤٩٧	٤٠٤	الرأى الأول — لا عمل للمادة ٤٦٢ مع وجود قانون الشفعة
٤٩٨	٤٠٥	الرأى الثاني — المادة ٤٦٢ خاصة بالنقول
٤٩٩	٤٠٥	الرأى الثالث — المادة ٤٦٢ مقيدة لقانون الشفعة
٥٠٠	٤٠٦	الرأى الرابع — المادة ٤٦٢ خاصة بحق الاسترداد الوراثي
٥٠١	٤٠٦	الرأى الخامس — المادة ٤٦٢ منقولة من القانون الفرنسي على سبيل الاطراد
٥٠٢	٤٠٧	الرأى السادس — المادة ٤٦٢ منقولة من القانون الفرنسي مع توسع فيها وتخالف الشفعة
٥٠٣	٤١٠	الرأى السابع — المادة ٤٦٢ خاصة بالشيوخ الناشء عن الشركات لا التركات
٥٠٤	٤١٤	الرأى الثامن — للعريك الخيار في استعمال الاسترداد أو الشفعة
٥٠٥	٤١٥	رأينا
٥٠٦	٤١٨	رأى دوائر محكمة الاستئناف مجمعة
٥٠٧	٤٢٠	سير الأحكام على ماقررته الدوائر المجمعة

صفحة	نقطة	
٤٢١	٥٠٨	قد حكم الدوائر المجتمعة
		الشفعة في السودان
٤٢٢	٥٠٩	قانون خاص
٤٢٢	٥١٠	الأحوال التي تجوز فيها الشفعة
٤٢٢	٥١١	الأحوال التي لا تجوز فيها الشفعة
٤٢٣	٥١٢	تزامم الشفعاء
٤٢٣	٥١٣	عدم تجزئة الشفعة
٤٢٤	٥١٤	اجراءات الشفعة
٤٢٥	٥١٥	سقوط الشفعة
٤٢٥	٥١٦	سلطة مد للواعيد المقررة
٤٢٦	٥١٧	ما يترتب على الشفعة
		الشفعة في البلاد الأخرى
٤٢٧		في البلاد الاسلامية
٤٢٧	٥١٩	تونس
٤٢٨	٥٢٠	مراكش
٤٣٠	٥٢١	الجزائر
٤٣١	٥٢٢	الهند الانجليزية
٤٣١		في البلاد غير الاسلامية
٤٣١	٥٢٣	اسبانيا
٤٣٣	٥٢٤	ألمانيا
٤٣٤	٥٢٥	نصوص القانون الألماني
٤٤٥	٥٢٦	حق الاسترداد الوراثي

خاتمة

٤٤٧		هل يجب الاحتفاظ بنظام الشفعة في التشريع المصري ؟
٤٤٧	٥٢٧	نصوص الشفعة
٤٤٨	٥٢٨	الشفعاء في الشريعة
٤٤٨	٥٢٩	الشفعاء في المجموعة المدنية
٤٤٨	٥٣٠	الشفعاء في قانون الشفعة
٤٤٩	٥٣١	مالك الرقة
٤٤٩	٥٣٢	صاحب حق الانتفاع
٤٤٩	٥٣٣	الشريك
٤٥٠	٥٣٤	الجار
٤٥١	٥٣٥	مزايا ومضار الشفعة
٤٥١	٥٣٦	ما نراه بالنسبة لشفعة مالك الرقة وصاحب حق الانتفاع
٤٥٢	٥٣٧	ما نراه بالنسبة لشفعة الجار
٤٥٨	٥٤٠	ما نراه بالنسبة لشفعة الشريك



Bibliotheca Alexandrina



0588507